

Advies in de zaak 6888-1 LHV

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr. J. P. Fokker (voorzitter), Prof. dr. H.H.B. Vedder en mr. M.J.S. Korteweg-Wiers (tevens secretaris).

Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 30 december 2011 in zaaknummer 6888 (hierna: het bestreden besluit LHV) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) aan de Landelijke Huisartsenvereniging (hierna LHV) een boete en een last onder dwangsom opgelegd wegens een overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna Mw). In het bestreden besluit LHV heeft de Raad geconcludeerd dat de LHV, kort geformuleerd, aanbevelingen heeft gedaan, met betrekking tot de vestiging van (nieuwe) huisartsen die geschikt waren de mededinging op de markt voor huisartsenzorg merkbaar te beperken.
2. Tegen het bestreden besluit LHV is namens de LHV, op 2 februari 2012 een zgn. pro forma bezwaarschrift ingediend. Het bezwaar tegen de last onder dwangsom is op 16 februari 2012 ingetrokken. Op 18 april 2012 heeft mr. C.T. Dekker, advocaat te Zwolle de gronden van het bezwaar van LHV aangevuld.
3. De LHV heeft verzocht te worden toegelaten tot rechtstreeks beroep bij de rechtbank Rotterdam. Dit verzoek is door de Raad bij brief van 13 juni 2012 afgewezen.
4. Bij brief van 22 augustus 2012 is de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna NMa) medegedeeld dat op 23 oktober 2012 een hoorzitting zal plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Deze hoorzitting heeft niet op die datum plaats gevonden wegens ziekte van een der leden van de Adviescommissie, doch, in overleg met partijen, op 8 januari 2013. De onderneming en de vertegenwoordigers van de NMa zijn gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr. J.P. Fokker (voorzitter), Prof. dr. H.H.B. Vedder en mr. M.J.S. Korteweg-Wiers (tevens secretaris).
5. Bij brief van 12 oktober 2012 heeft de NMa een schriftelijke toelichting toegezonden. Bij brieven van 12 oktober 2012 is namens LHV en de feitelijk leidinggevers nog een aantal stukken bezorgd respectievelijk ingezonden. Enerzijds een nadere toelichting en anderzijds nog enkele verklaringen.
6. Het verslag van de hoorzitting is op 12 maart 2013 aan partijen toegestuurd.

Het bestreden besluit

7. Het bestreden besluit is aan dit advies gehecht als bijlage.

Inleidende opmerkingen

Onderdeel A - Formele bezwaren

Vooringenomenheid en/of strijd met beginsel van *fair trial*

8. De LHV stelt dat artikel 2:4 lid 1 Awb en/of het beginsel van *fair trial* van artikel 6 EVRM bij het vooronderzoek dusdanig zijn geschonden dat het rapport in strijd met de wet moet worden geacht en het bestreden besluit LHV dientengevolge niet op het rapport kan worden gebaseerd. De Raad zou selectief zijn omgegaan met het verzamelde materiaal, waarbij stelselmatig en in ruime mate ontlastend bewijsmateriaal zou zijn genegeerd.
9. De LHV stelt voorts dat de Raad, ook na kennisneming van de zienswijze van de LHV op het rapport, artikel 2:4 lid Awb en/of het beginsel van *fair trial* van artikel 6 EVRM in een mate heeft geschonden dat het bestreden besluit LHV als zodanig in strijd met de wet moet worden geacht en dat het niet in stand kan blijven. De Raad zou namelijk na de zienswijze zijn blijven vasthouden aan het selectieve gebruik van de feiten uit het dossier.
10. De Raad is daarentegen van oordeel dat er geen reden is om aan te nemen dat het dossier niet compleet zou zijn, temeer niet nu in de bezwaargronden geen specifieke stukken meer zijn aangewezen die mogelijk ontlastend bewijs bevatten, noch onderwerpen zijn genoemd waarover naar alle waarschijnlijkheid relevante stukken bestaan die niet in het dossier zitten. Zo heeft de Raad alsnog inzage verschaft in de stukken over een huisarts die zich wilde vestigen in de gemeente Doenrade. De Raad heeft de LHV in de gelegenheid gesteld te reageren op deze stukken. Deze stukken zijn ook aan het dossier toegevoegd. Daarmee heeft LHV inzage gekregen in alle voor de zaak relevante stukken. Niet valt in te zien dat het dossier niet volledig is en dat ontlastend bewijs is achtergehouden, aldus de Raad.

Beoordeling

11. De Adviescommissie is, anders dan bezwaarden van oordeel dat niet kan worden gezegd dat de NMa het beginsel van *fair trial* heeft geschonden, noch dat de NMa in strijd met het verbod van vooringenomenheid heeft gehandeld. Alle, dus ook de ontlastende verklaringen zijn immers door de NMa in het geding gebracht. Naar het oordeel van de Adviescommissie is het niet zo dat de ontlastende verklaringen onontkoombaar moeten leiden tot een andere conclusie dan de NMa heeft getrokken. De bezwaar- en

eventueel naderhand de beroepsprocedure zijn nu juist bedoeld om alle verklaringen in beschouwing te nemen, een afweging te maken en vervolgens een (totaal)beoordeling te geven. Het namens bezwaarden opgestelde schematisch overzicht van 129 deelverklaringen die ontlastend zouden zijn kan tot die beoordeling bijdragen, doch is niet (alleen)bepalend.

Onrechtmatig verkregen bewijs.

12. De LHV heeft betoogd dat de Raad artikel 2:1 lid 1 Awb (het recht van een ieder om zich in het verkeer met bestuursorganen te laten bijstaan door een gemachtigde of zich door een gemachtigde te laten vertegenwoordigen) heeft geschonden en/of de beginselen van *equality of arms* en *fair trial* van artikel 6 EVRM, doordat ambtenaren van de NMa bij mondelinge vorderingen om inlichtingen ten onrechte de gemachtigde hebben beperkt in zijn mogelijkheid de belangen van de LHV te behartigen en haar te vertegenwoordigen. Het bezwaar richt zich voorts tegen het op niet controleerbare wijze verslagleggen van de afgelegde verklaringen en de wijze waarop de verhoren zijn afgenomen. De LHV verbindt hieraan de conclusie dat het met deze schending verkregen bewijsmateriaal onrechtmatig is verkregen en aldus niet ter onderbouwing van het besluit van de NMa mag worden gebruikt.

Beoordeling

13. De Adviescommissie onderschrijft deze stelling niet. Alle door de NMa-ambtenaren gehoorde personen werden bijgestaan door een advocaat. Zij hebben het hen betreffende verslag kunnen lezen, ondertekend, en, waar nodig, voorzien van kanttekeningen of correcties. Ook stond het hen vrij het verslag achteraf aan te vullen met opmerkingen. Van die mogelijkheid is door een aantal personen eveneens gebruik gemaakt; de nagezonden opmerkingen zijn aan het hen betreffende verslag gehecht. Hiermee al is naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake van schending van de door bezwaarde aangevoerde beginselen.

Juridische bijstand en vertegenwoordiging

14. De LHV betoogt dat niet is aangetoond dat de NMa de personen die door de NMa-ambtenaren zijn gehoord — bestuursleden en functionarissen van de LHV — (uitdrukkelijk) heeft gewezen op de mogelijkheid zich te laten *vertegenwoordigen* door een gemachtigde. Volgens LHV is dit in strijd met art. 2:1 Awb. De LHV betwist niet dat in alle gevallen de cautie is verleend.
15. De Raad heeft benadrukt dat het onderzoek in deze zaak geheel is verlopen conform de standaard praktijk van de NMa, die al sinds jaar en dag wordt gevolgd. De vraag is daarmee opgeworpen of de methode die de NMa ambtenaren hanteren bij het horen van in enig onderzoek betrokken

onderneming en anderen die inlichtingen kunnen verschaffen in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 2, lid 1 van de Awb, het beginsel van equality of arms en fair trial.

16. De Raad wijst erop dat de personen die worden gehoord aan de zijde van de onderneming waarvan de gedragingen voorwerp van onderzoek zijn, uitdrukkelijk worden gewezen op de mogelijkheid tot *bijstand* door een advocaat. In de onderhavige zaak is er geen enkele verklaring opgenomen zonder dat daarbij een advocaat aanwezig was.
17. De Raad bestrijdt dat artikel 2:1 Awb zo moet worden opgevat, dat de NMa bij de uitoefening van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden verplicht zou zijn te aanvaarden dat uitsluitend via de door de gehoorde onderneming of ondernemersvereniging aangewezen gemachtigde met de onderneming kan worden gecommuniceerd. Een dergelijke verplichting vloeit volgens de Raad niet voort uit artikel 6 EVRM. De consequentie zou dan immers zijn dat de NMa personen die zelf kennis dragen van feiten die voor de NMa van belang zijn niet te spreken krijgt of dat deze hooguit als toehoorder bij mondelinge contacten aanwezig zijn. Artikel 2:1 Awb staat er naar de opvatting van de Raad niet aan in de weg dat op verzoeken om inlichtingen een persoonlijk antwoord kan worden verlangd.

Beoordeling

18. Naar het oordeel van de Adviescommissie is er geen aanleiding om de gehanteerde wijze van verhoor onrechtmatig te achten. Voldoende is dat de ambtenaren van de NMa de personen die zij willen horen cautie verlenen en erop wijzen dat zij het recht hebben om zich te laten bijstaan door een raadsman. Van een recht op een vertegenwoordiging door een gemachtigde in de zin dat de betreffende persoon niet meer zelf wordt gehoord, kan naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake zijn in het geval die personen uit eigen wetenschap over informatie beschikken. Het recht op vertegenwoordiging kan niet zover gaan dat er een recht op volledige vervanging is, aangezien dit in grote mate afbreuk zou doen aan het effectieve onderzoek door de NMa.

De geluidsopnamen

19. De LHV voert aan dat het niet te controleren is of hetgeen in de Verslagen van de Ambtshandelingen is vermeld daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Door de uniforme bewoordingen waarin deze zijn gesteld kan eraan worden getwijfeld of deze werkelijk op de vermelde wijze hebben plaatsgevonden. Twijfel heeft de LHV of sprake is geweest van het weglaten van vragen en antwoorden die de Raad minder van pas komen in de onderbouwing van het besluit. De LHV stelt het recht te hebben dit te kunnen verifiëren aan de hand van de door de NMa gemaakt geluidsopnamen.

20. De Raad stelt de geluidsopnamen alleen te gebruiken als hulpmiddel voor het verslag, zodat ook wanneer het verslag later dan de dag zelf van de verklaring wordt opgemaakt die geluidsopnamen ondersteuning kunnen bieden bij het waarheidsgetrouw opmaken van het verslag. Aldus zijn het ook geen "op de zaak betrekking hebbende stukken".
21. De Raad geeft verder aan dat het schriftelijke verslag van de verklaring aan de betrokkene ter ondertekening voor akkoord voorgelegd. Indien de gehoorde zich niet aanstonds kan vinden in de weergave van de verklaring, wordt hij samen met de ambtenaar in de gelegenheid gesteld de geluidsopnamen terug te horen. Dit kan de ambtenaar aanleiding geven tot aanpassing van de tekst. Mocht de betrokkene aan- of opmerkingen hebben, dan wordt de reactie op het verslag als "op de zaak betrekking hebbende stuk" in het dossier opgenomen. Ook in het onderhavige geval is dat met alle correspondentie over de inhoud van het verslag gebeurd. De NMa wijst tevens op het feit dat zij desgevraagd heeft toegestaan dat betrokkenen in deze zaak zelf geluidsopnamen maakten voor eigen gebruik, zoals daadwerkelijk in het geval van ██████████ is gebeurd. Door ondertekening geeft de persoon in kwestie aan dat het verslag in zijn perspectief een juiste weergave van zijn verklaring inhoudt. De geluidsopname hoeft dan niet langer te worden bewaard. Ondertekening laat onverlet dat iedere bij de procedure betrokken onderneming, ondernemersvereniging of feitelijk leidinggever de vrijheid houdt om gedurende de sanctieprocedure zijn (nadere) zienswijze op de inhoud van het verslag mondeling en schriftelijk kenbaar te maken.

Beoordeling

22. Naar het oordeel van de Adviescommissie maken de geluidsopnamen geen onderdeel uit van het procesdossier. Zij zijn uitsluitend als een hulpmiddel voor het kunnen opmaken van een waarheidsgetrouw verslag voor de ambtenaar te beschouwen. De door de Raad gehanteerde procedure waarbij gehoorde in staat worden gesteld het verslag te lezen en opmerkingen en aanvullingen als 'op de zaak betrekking hebbend stuk' worden opgenomen, is naar de mening van de Adviescommissie zodanig zorgvuldig dat van de Raad redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij de geluidsopnamen bewaart nadat de gehoorde persoon het verslag heeft kunnen lezen en, al dan niet voorzien van opmerkingen, heeft getekend.

Verplichting tot het verstrekken van geluidsopnamen?

23. De vraag is of de verslaglegging van de verklaringen op deze wijze, dwz. zonder "inzage" en dus controle via de geluidsband, vastgelegd als bewijs mogen worden gebruikt. Naar het oordeel van de LHV is dat niet het geval. De Raad acht dit niet aan de orde omdat zij de geluidsbanden als een hulpmiddel beschouwt, alleen bestemd voor controle op de waarheidsgetrouwheid van de door haar ambtenaren te maken gespreksverslagen.

Beoordeling

24. De Adviescommissie ziet niet in dat de verslaglegging zoals die heeft plaats gevonden onvoldoende controleerbaar is. Geen van de ondervraagde personen heeft bezwaar gemaakt tegen de inhoud van de verslagen als zodanig en enkelen hebben via hun raadsman opmerkingen of aanvullingen gegeven die aan het verslag zijn gehecht. Ook de verslagen van de ambtshandelingen zijn kennelijk correct weergegeven.

Onderdeel B - materiële bezwaren,

primair : Wel of geen besluit van een ondernemersvereniging

25. De LHV betoogt dat de documenten waarnaar in het bestreden besluit LHV wordt verwezen ten onrechte zijn aangemerkt als "besluit van een ondernemingsvereniging" als bedoeld in art. 6, lid 1 Mw. De bedoelde documenten zijn niet door een orgaan van de LHV vastgesteld en LHV heeft niet de wil gehad om het gedrag van haar leden te coördineren. Uit het dossier blijkt overigens ook dat deze documenten niet door een orgaan van de LHV zijn vastgesteld.

26. De LHV stelt in haar bezwaarschrift dat de Raad uit de Europese jurisprudentie en beschikkingenpraktijk op het gebied van het besluitbegrip onjuiste conclusies heeft getrokken. Er moet in ieder geval sprake zijn van formele besluiten, genomen of goedgekeurd door een bevoegd orgaan van de desbetreffende vereniging en tevens van acceptatie en/of opvolging van de adviezen door de leden. Alleen in die omstandigheden kent het Europese recht geen gewicht toe aan het feit dat het naar de vorm, ogenschijnlijk, gaat om vrijblijvende en niet-bindende adviezen. Niet is aangetoond dat de LHV daadwerkelijk een vestigingsbeleid heeft *vastgesteld*.

27. De Raad meent dat de LHV een te restrictieve opvatting in de jurisprudentie leest, waar zij ervan uitgaat dat formele besluitvorming op basis van een statutaire bevoegdheid een vereiste is om aan te kunnen nemen dat een niet-bindende aanbeveling een besluit vormt in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Het besluitbegrip raakt weliswaar de wil *van* de vereniging, niet is echter vereist dat er wilsovereenstemming bestaat *tussen* de leden.

28. De "wil tot coördineren" moet blijken uit het totale beeld dat gevormd wordt door verschillende factoren, waarbij geen van de relevante factoren op zichzelf beslissend is. Vereist is logischerwijze wel — om überhaupt een uitwerking op de markt te kunnen hebben — dat de aanbeveling aan de leden kenbaar is gemaakt.

29. Van belang zijn voorts aldus de Raad, zonder uitputtend te zijn:

- *de aard van de aanbeveling, bijvoorbeeld de normatieve lading die zij meekrijgt;*

- *de (stelligheid van de) bewoordingen waarin de aanbeveling is vervat;*
- *het gemeenschappelijk belang dat de leden hadden bij het vaststellen en de verspreiding van de aanbeveling;*
- *het gezag en het gewicht van de vereniging in kwestie;*
- *het breed en regelmatig verspreiden van de aanbeveling;*
- *het ter beschikking stellen van modelcontracten waarin de aanbeveling is verwerkt; de wijze waarop de aanbeveling is vastgesteld;*
- *opvolging van de aanbeveling door de leden;*
- *controle op de leden of zij de aanbeveling opvolgen, de straf of het nadeel dat de leden ondervinden als zij de aanbeveling niet opvolgen;*
- *het feit dat de ondernemersvereniging krachtens haar statuten bevoegd is om een dergelijke aanbeveling te doen.*

30. Geen van deze omstandigheden is op zichzelf beschouwd doorslaggevend, aldus de Raad. Wel maakt de jurisprudentie duidelijk dat als er in de praktijk sprake is van opvolging van het advies door de leden, of van controle of dwang, dit een bijzonder duidelijke aanwijzing vormt voor de wil van de ondernemersvereniging tot coördinatie van het marktgedrag van de leden.

Beoordeling

31. Anders dan de Raad is de Adviescommissie tot de slotsom gekomen dat er niet kan worden gesproken van een besluit van een ondernemingsvereniging als bedoeld in art. 6, lid 1 van de Mw. Evenmin is er sprake van een weergave van de wil van de ondernemingsvereniging om het gedrag van de leden op de huisartsenmarkt te coördineren.
32. Vooropgesteld zij dat moet worden geconstateerd dat er in het geheel geen (formele) besluitvorming tot de vaststelling van een vestigingsbeleid heeft plaats gevonden. De Adviescommissie heeft geen besluitvorming binnen de daartoe bevoegde organen van de LHV kunnen traceren, niettegenstaande de agendering (met als vermeld doel besluitvorming) van het onderwerp vestiging van de vergadering van het (dagelijks) bestuur op 12 september 2007.
33. Weliswaar zijn de "richtlijnen" op het besloten gedeelte van de website geplaatst op 28 mei 2008 en is via de nieuwsbrief van 30 mei 2008 met een link daarop de aandacht gevestigd, dit neemt niet weg dat van een besluitvorming geen sprake is geweest. Overigens blijkt wel uit de gedingstukken dat een latere versie van het document nog ter kennisneming ten behoeve van interne discussie is toegezonden naar vertegenwoordigers van de Kring Amsterdam en van de Kring Noord-Holland Midden in mei 2009.
34. Van de zijde van de LHV ter zitting is uiteengezet dat een aantal onderwerpen weliswaar op de agenda kan staan doch dat dit niet noodzakelijkerwijs betekent dat die onderwerpen ook zijn besproken. Het systeem van agendering binnen de LHV functioneert aldus dat een aantal medewerkers en afdelingen de bevoegdheid heeft om zelfstandig

onderwerpen op de agenda van de (wekelijkse) bestuursvergaderingen te zetten, maar dat dit niet betekent dat die onderwerpen dan daadwerkelijk aan bod komen. Voorts is het zo dat in het geval een onderwerp geagendeerd is èn besproken, daarmee nog geen (formeel) besluit is genomen. Blijkens de toelichting van de LHV wordt een onderwerp dat aan *de ledenraad zal worden voorgelegd ter besluitvorming* vooraf nogmaals op de agenda van het (dagelijks) bestuur geplaatst en andermaal besproken. Indien het bestuur meent dat er aanleiding tot (formele) besluitvorming is wordt het betreffende onderwerp dan vergezeld van een notitie aan de ledenraad voorgelegd, waar dan, pas na consultatie van de leden - ook buiten de vergadering worden de leden in de gelegenheid gesteld om te reageren - tot besluitvorming wordt overgegaan. Nu dit alles niet is gebeurd komt de Adviescommissie tot de slotsom dat geen sprake is van enige formele besluitvorming omtrent het onderwerp (vrije) vestiging van (huis)artsen door de LHV.

35. De vraag is vervolgens of uit deze gang van zaken voortvloeit dat er sprake is van een getrouwe weergave van de wil van de ondernemingsvereniging om het gedrag van de leden op de betrokken markt te coördineren. Of dat het geval is dient uit de concrete omstandigheden te worden afgeleid. De Raad leidt uit de plaatsing op de (besloten) website van de LHV (dus bestemd voor raadpleging door haar leden) af dat die wil tot coördinatie er inderdaad is. De Adviescommissie onderkent dat de "aanbevelingen" zijn bekend gemaakt aan de leden, maar moet constateren dat uit niets blijkt dat die leden daarop ook hun gedrag hebben aangepast. In ieder geval blijkt niet uit de door de NMa-ambtenaren getraceerde incidenten dat de gedragingen zijn ingegeven door de "aanbevelingen" van de website of dat anderszins is verwezen naar de inhoud en strekking van de bedoelde "aanbevelingen".
36. De Adviescommissie constateert dat het onderwerp vestiging een andere lading en inhoud heeft dan de NMa-ambtenaren voor ogen heeft gestaan. Waar het voor de hier betrokken beleidsmedewerkers en huisartsen in de discussie kennelijk om ging is de vrijheid van de huisartsen om al dan niet een patiënt te kunnen weigeren of overnemen. De criteria die zijn genoemd: de praktijk is vol, de afstand huisadres/praktijkadres is te groot of patiënt en arts denken verschillend over de te leveren zorg.
37. Het onderwerp vestiging zoals verwoord in een notitie van een beleidsmedewerker van de LHV omvat behalve deze aspecten ook vragen over de in 2006 ingezette ontwikkelingen dat zorgverzekeraars zich in toenemende mate zijn gaan bemoeien met de organisatie van de (eerstelijns)zorg. Voorts is de kwaliteit van de huisartsenzorg een onderwerp alsmede de samenwerking in het veld van de eerstelijnszorg. Die notitie is blijkens de gedingstukken een aantal keren aangepast. De eerste nota dateert van 12 maart 2007, een volgende versie is van 12 september 2007 en de uiteindelijke definitieve versie, in de gedaante van een beleidsvoorbereidend stuk, dateert van oktober 2008. Op 30 mei 2008

is de toen actuele versie van die nota op het besloten deel van de website van de LHV gezet en, zo blijkt uit de gedingstukken, zulks buiten medeweten van het bestuur van de LHV. Ter zitting van de Adviescommissie is toegelicht dat geen der bestuursleden en evenmin het bureau op de hoogte was van het plaatsen op de website van de bedoelde (concept)-aanbevelingen op de genoemde datum. Uit de gedingstukken blijkt dat er emailverkeer heeft plaats gevonden tussen de beleidsmedewerker die de nota had opgesteld en degene die opdracht heeft gegeven de nota op de website te zetten. Dit betrof de vraag of de "aanbevelingen" op het besloten gedeelte dan wel het openbare gedeelte van de website zou moeten worden geplaatst. Voorts is het de Adviescommissie opgevallen dat de betreffende link als laatste (10^e) item in de nieuwsbrief van 30 mei 2008 is vermeld. Uit de interviews blijkt dat ook de overige bestuursleden zich nimmer met het vraagstuk vestiging hebben beziggehouden noch ervan weet hadden dat de "aanbevelingen" op de website stonden.

38. Tenslotte de aanbevelingen zelf. De enkele voorbeelden van daadwerkelijke pogingen tot belemmering van de toegang tot de markt voor huisartsenzorg die de Raad heeft genoemd, refereren niet aan de aanbevelingen doch zijn veeleer autonome reacties van Huisartsengroepen (hierna Hagro's) of zelfs van individuele huisartsen.
39. Hoewel er enkele opmerkelijke incidenten rond de toetreding van een of meer nieuwe huisartsen door de NMa-ambtenaren zijn getraceerd, die hebben gespeeld in de periode dat de aanbevelingen op de website stonden, kan de Adviescommissie deze incidenten niet aanmerken als voortvloeiend uit de aanbevelingen van de website (van 27 mei 2008) nu enerzijds uit de verslaglegging van die incidenten niet blijkt dat er enig verband is te leggen tussen de in de aanbevelingen geschetste gedragslijn en anderzijds in die gevallen waarin het bestuur van de LHV van de incidenten heeft kennis genomen dat bestuur daarvan duidelijk en zonder verwijf afstand heeft genomen.
40. Het aantal getraceerde incidenten is beperkt. In één geval werd gehandeld door een huisartsenkring (waarvan er binnen de LHV 23 zijn), en in de overige gevallen door een Hagro. Niet is gebleken dat in een van die gevallen de aanbeveling van de website een rol heeft gespeeld. Het ging hier veeleer om een enkele poging om de deelneming van een bepaalde arts te bemoeilijken, waarbij het gebrek aan (volledige) inzetbaarheid voor de waarnemingen de belangrijkste rol speelde.
41. Verwarrende/Complicerende factor in dit verband is dat het begrip vestiging binnen de LHV een andere betekenis heeft (gekregen) dan de NMa-ambtenaren daaraan vanuit het mededingingsbegrippenkader plegen te geven. De wijzigingen die de regelgever in dit verband in de gezondheidszorg heeft ingezet zijn daartoe mede bepalend geweest. Niet de huisartsen maar de zorgverzekeraars zijn sedert de invoering van de

nieuwe Zorgverzekeringswet primair verantwoordelijk voor de patiëntenzorg in Nederland (1 januari 2006).

42. Met vestiging hangt voor de LHV in de eerste plaats samen de afschaffing van de goodwill en het in de plaats daarvan opzetten van een pensioenstelsel voor de huisartsen die willen stoppen. De LHV plaatst het begrip vestiging verder in het kader dan de criteria voor een waarneming en uitruil van diensten, waartoe onder meer de Hagro's zijn opgericht. Dit laatste aspect heeft dan weer consequenties richting de zorgverzekeraars die als primair verantwoordelijk voor de patiëntenzorg bij vestiging van een nieuwe huisarts en contractering met deze vooropstellen dat er een voldoende sluitende waarneming is geregeld; niet alleen tijdens vakantie of ziekte, maar ook gedurende de avond/nachten en weekenden. Dit rechtvaardigt dat Hagro's (en incidenteel andere samenwerkingsverbanden tussen huisartsen) van een huisarts die zich wil vestigen en bij een waarnemingsverband aansluiting zoekt, eisen dat deze nieuwe arts ook een brede praktijk voert en niet zich beperkt tot bepaalde patiëntgroepen of zich beperkt tot bepaalde ziektebeelden. Met het voorgaande is niet gezegd dat bij deze Hagro's niet ook andere overwegingen een rol hebben gespeeld; in een aantal van de door de NMa-ambtenaren getraceerde gevallen proeft men ook de wens om de vestiging van nieuwkomers tegen te houden om andere dan de bovenstaande aan de goede beroepsuitoefening gelieerde redenen. Beslissend is of de LHV dergelijke overwegingen als organisatie onderschrijft en dus in zoverre beoogt het gedrag van haar leden te coördineren. Voor een bevestigend antwoord van die vraag heeft de Adviescommissie onvoldoende aanknopingspunten kunnen vinden.
43. Bezieet men de criteria die de Raad heeft weergegeven onder randnr. 33 hiervoor dan moet men constateren dat aan het merendeel van deze criteria niet wordt voldaan.
44. De aard van de aanbeveling is complex en bepaald niet eenduidig, gelet op de combinatie van het onderwerp goodwill met dat van vestiging en de kennelijke doelstelling van de notitie om gelet op de (nieuwe) rol van de zorgverzekeraar in te spelen op behoefte en overschot aan huisartsen en in dat krachtenveld een rol te willen spelen.
45. Het advies om met de preferente zorgverzekeraar afspraken te maken over de betrokkenheid van de zittende huisartsen is naar het oordeel van de Adviescommissie vooral gericht op waarborging van de wederzijdse waarneming en zorg voor de kwaliteit van de 24-uursgarantie van de huisartsenzorg en niet op belemmering van de vestiging als huisarts.
46. Van modelcontracten is bovendien geen sprake, evenmin van opvolging door de leden, laat staan van controle op die opvolging of sancties of voordelen bij niet- dan wel opvolgen van de aanbevelingen. De Adviescommissie voegt daaraan toe de "aanbevelingen" op diverse

manieren kunnen worden gelezen en geïnterpreteerd. De adviescommissie ziet deze notitie meer als een analyse van de situatie van dat moment, gelet op de gewijzigde rol van de (huis)artsen binnen de gezondheidszorg dan als een aansporing om de (vrije) vestiging van (huis)artsen te belemmeren.

47. Concluderend moet worden vastgesteld dat van de wil om het gedrag van de leden op de huisartsenmarkt te coördineren niet kan worden gesproken. Vrije vestiging voor alle huisartsen wordt blijkens diverse uitingen, ook onderdeel van de talrijke gedingstukken, door de LHV voorgestaan. De LHV behartigt niet slechts de belangen van individuele huisartsen, doch ook van artsen in dienstverband en van artsen die zich willen vestigen, zoals betoogd door de LHV. Het advies om afspraken met zorgverzekeraars te maken bij vestiging van nieuwe huisartsenvoorzieningen ziet de Adviescommissie niet als uiting van een wil om het gedrag van de leden te coördineren in vorenbedoelde zin.

Subsidiair en meer subsidiair.

48. De Adviescommissie heeft weliswaar overwogen haar advies tot het vorenstaande te beperken, doch is tot de conclusie gekomen dat desondanks een beknopte bespreking van de subsidiair aangevoerde grieven op zijn plaats is.

Subsidiair

De aanbevolen gedragingen zijn niet geschikt om de mededinging te beperken. De toegang tot de markt van huisartsenzorg wordt er niet door belemmerd.

49. De LHV voert aan dat voor zover al sprake zou zijn van een besluit van een ondernemersvereniging het gedrag niet geschikt is om de mededinging te beperken, daar het de toegang tot de markt voor huisartsenzorg niet belemmert. Mededinging kan al niet worden beperkt door de Aanbevelingen, omdat uit het dossier blijkt dat een zgn. wilde vestiging altijd mogelijk is. De Aanbevelingen zouden zich bovendien beperken tot de procedurele aspecten van de te volgen "sollicitatieprocedure", en niet met de uitkomsten daarvan.
50. Voorts stelt de LHV dat, indien er al sprake is van een beperking, deze wordt veroorzaakt door de zorgverzekeraar. Huisartsen hebben niet meer dan een adviserende rol en verzetten zich slechts zelden tegen een nieuwkomer. De Aanbevelingen vormen in deze opvatting niet meer dan een weergave, dan wel een uitvoering van het contracteringsbeleid van de zorgverzekeraars. De LHV merkt voorts op dat de incidenten waarbij toetreders werden gedwarsboemd door plaatselijke huisartsen(groepen) niet in verband kunnen worden gebracht met de "Aanbevelingen" of andere gedragingen van de LHV.

Ten slotte stelt de LHV in dit verband dat het nagestreefde evenwicht in de patiëntenpopulatie enkel betrekking heeft op situaties met tekorten.

51. De Raad stelt de incidenten te hebben besproken om te laten zien dat de Aanbevelingen "in vruchtbare aarde vallen". Waar zich spanningen voordoen rond de vestiging van een nieuwe praktijk, bieden de Aanbevelingen een gemakkelijk handvat voor zittende huisartsen om nieuwe initiatieven te ontmoedigen. Het doel van de Aanbevelingen, zoals daarin omschreven, is immers te zorgen dat *"de huisartsen de regie in handen houden en zorgverzekeraars niet andere partijen contracteren voor het leveren van huisartsgeneeskundige zorg"*. Uit dien hoofde moeten de huisartsen, aldus de Aanbevelingen, *"zelf zorgen voor een evenwichtig huisartsenaanbod"*.
52. De voorafgaande toetsing of een vacature wordt opengesteld en de voorziene selectie van kandidaten op het criterium dat de nieuw gevestigde huisarts "past in zijn omgeving", kan niet anders kan worden gezien dan als een collectief reguleringsmechanisme voor de toetreding. Het spraakgebruik waarbij wordt gerefereerd aan "vacatures" en "sollicitaties" is in feite al onverenigbaar met de vrije beroepsuitoefening die de beroepsgroep hoog in het vaandel draagt.
53. De Aanbevelingen zien op een proces dat voorafgaat aan de besluitvorming van de (preferente) zorgverzekeraars. Juist door bij voorbaat te beslissen dat geen plaats vacant wordt gesteld, of als dat wel gebeurt, door die persoon door de zittende huisartsen te laten selecteren, zijn de zittende huisartsen als eerste aan zet en kunnen de verzekeraars niet veel anders doen dan zich er alsnog van vergewissen dat de betrokkene zijn waarneming op orde heeft. Er wordt immers geen contract gesloten met een zorgverzekeraar zonder voorafgaande waarnemingsregeling en er is geen ruimte is voor een waarnemingsregeling zonder voorafgaande vacant stelling, derhalve pas nadat er een selectie heeft plaats gevonden volgens de Aanbevelingen.
54. De "regierol" van de zorgverzekeraars bestaat dan ook voornamelijk daaruit, dat zij zich terdege ervan vergewissen dat nieuwe praktijken hun waarneming goed hebben geregeld, gelet op de plicht van de zorgverzekeraars om hun verzekerden 24 uur per dag, zeven dagen per week, zorg te garanderen. Om hieraan te voldoen, biedt aansluiting van de huisarts-in-spé bij (de regeling van) zittende huisartsen de meest voor de hand liggende en aantrekkelijkste mogelijkheid. Maar dan moet deze niet als sluitstuk worden gehanteerd op een selectieprocedure als voorzien in de Aanbevelingen. De Raad acht de aanbevolen procedure bij uitstek *ongeschikt* om te bevorderen dat "witte plekken" op de kaart van Nederland worden gevuld. Voor zover het niet aan de verzekeraars is om hiervoor initiatieven te nemen uit hoofde van hun zorgplicht, had de LHV hieraan kunnen bijdragen door na te gaan waar en waarom zulke tekorten zich voordoen, en nieuwe toetreders met raad en daad bij te staan zich hier te vestigen.

Beoordeling

55. De Adviescommissie volgt de LHV in haar opvatting dat de toegang tot de huisartsenzorg niet wezenlijk is belemmerd gedurende de periode dat de "aanbevelingen" op het besloten gedeelte van de website van de LHV heeft gestaan. De enkele voorbeelden van daadwerkelijke pogingen tot belemmering tot de toegang tot de huisartsenzorg die de Raad heeft genoemd, refereren niet aan de aanbevelingen doch hebben veeleer hun achtergrond in autonome reacties van Hagro's of zelfs individuele huisartsen. Nu ter zitting namens de Raad is verklaard dat gedragingen van Hagro's of van individuele huisartsen niet een rol hebben gespeeld in de beoordeling of de mededinging is beperkt kan de Adviescommissie niet anders concluderen dan dat er onvoldoende grondslag is om aan te nemen dat de toegang tot de huisartsenmarkt als gevolg van de "aanbevelingen" van de LHV daadwerkelijk is belemmerd. Wel acht de Adviescommissie de in de aanbeveling geadviseerde "sollicitatieprocedure" en tevens de uitwerking van die procedure in de door de NMA aangebrachte gevallen strijdig met het uitgangspunt van een vrije vestiging. Dat huisartsen wordt geadviseerd om met de preferente zorgverzekeraars afspraken te maken over hun betrokkenheid bij vestiging van een nieuwe huisarts(-envoorziening) in hun verzorgingsgebied begrijpt de Adviescommissie in het licht van de veranderende rol van de zorgverzekeraars in het gezondheidszorgbestel en in het bijzonder vanuit de wens om 24-uurs goede en bereikbare huisartsenzorg te kunnen bieden. Het voorbeeld van een daadwerkelijke "sollicitatie" in het geval van de opvolging van een praktijk van een huisartsenechtpaar is de praktijkovername in Hardinxveld-Giessendam geweest. Ondanks het uiteindelijk negatieve advies van de "sollicitatie"-commissie hebben de betrokken twee huisartsen toch gewoon de praktijk overgenomen. Door de afwijzing om in de waarnemingsregeling van de plaatselijke Hagro te mogen deelnemen moet worden vastgesteld dat de vestiging van deze beide artsen wel is bemoeilijkt.
56. De Adviescommissie concludeert evenwel dat het betreffende voorbeeld heel specifiek de –onjuiste- opvatting van enkele zittende huisartsen in Hagro verband weergeeft en niet in verband kan worden gebracht met de "aanbevelingen" van de website, doch, zoals uit de interviews blijkt, met de veronderstelde richtlijnen van de in de regio opererende preferente zorgverzekeraar UVIT.
57. Ook de andere voorbeelden door de NMA naar voren gebracht zijn incidenten die zijn ingegeven door plaatselijke factoren en niet te beschouwen als de resultante van gedragingen om de toegang tot de huisartsenmarkt te belemmeren. In dit verband is van belang dat voor wederzijdse waarneming het vertrouwen in elkaars medisch handelen onontbeerlijk is.

Meer subsidiair

De merkbaarheid van de mededingingsbeperking

58. De LHV brengt in bezwaar de grond naar voren dat toepassing van artikel 6 lid 1 Mededingingswet op grond van artikel 6 lid 3 Mededingingswet buiten toepassing kan blijven, omdat aan de voorwaarden van dit artikel is voldaan. De LHV heeft voorts betoogd dat het document Vestiging zou kunnen worden begrepen in de context van de aanpak van de zogenaamde 'witte vlekken'-problematiek, dwz. bedoeld voor waar in Nederland juist een tekort bestaat aan huisartsen.

Beoordeling

59. De Adviescommissie stelt met de Raad voorop, dat, nu in artikel 6 lid 3 Mw een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid Mw is vastgelegd, een ondernemersvereniging die zich op deze wettelijke uitzondering beroept op grond van artikel 6, vierde lid, Mw dient te bewijzen dat aan die uitzondering is voldaan. Van een dergelijk bewijs is in casu geen sprake. Immers ongeveer 98% van de in Nederland werkzame huisartsen is lid van de LHV. Hiermee is al ongeloofwaardig dat de leden van de LHV een zodanig zwakke positie op de markt voor huisartsenzorg in Nederland hebben dat de gedraging van de LHV de mededinging op deze markt slechts in (zeer) geringe mate kan beperken en kan daarom verdere bespreking van dit bezwaar achterwege blijven.

De duur van de overtreding

Is de periode 30 mei 2008 tot 30 december 2011 (on)juist vastgesteld?

60. De LHV meent dat de Raad ten onrechte heeft vastgesteld dat de overtreding heeft geduurd van 30 mei 2008 tot 30 december 2011.
61. Wat betreft de startdatum neemt de Raad aan dat de Aanbevelingen daadwerkelijk op 28 mei 2008 op de website zijn geplaatst en dat de inhoud ervan op 30 mei 2008 via de nieuwsbrief aan de leden van de LHV is gecommuniceerd, dwz. voorzien van een link om de volledige tekst van de Aanbevelingen te kunnen raadplegen.
62. Voorts is volgens de LHV de einddatum onjuist, aangezien de LHV reeds op 15 april 2010 afstand heeft genomen van de aanbevelingen.
63. Wat betreft de einddatum van de overtreding door de LHV is de Raad van oordeel dat de LHV in ieder geval tot 30 december 2011 geenszins in duidelijke en heldere bewoordingen heeft gecommuniceerd aan haar leden dat zij niet (langer) achter de Aanbevelingen staat. De Raad betoogt dat een oproep op televisie, dat vestiging open moet zijn, onvoldoende is om haar

leden over te brengen dat de LHV afstand neemt van de Aanbevelingen zoals die gedetailleerd en in dwingende bewoordingen opgesteld nog steeds te vinden is op de website en bovendien in het beleid van verschillende Kringen is opgenomen.

Beoordeling

64. Niet betwist is dat de Aanbevelingen van 28 mei 2008 tot 30 december 2010 op het besloten gedeelte van de website hebben gestaan. Het was blijkbaar niet bekend bij het (Dagelijks) Bestuur van de LHV dat de "aanbevelingen" op de website waren gezet. De beleidsmedewerkers die daarvoor de verantwoordelijkheid hadden genomen waren, zo begrijpt de Adviescommissie, op 15 april 2010 niet meer in dienst van de LHV. Vanaf die datum staat onbetwist op de website van de LHV het televisie-interview met de voorzitter, waarin is verklaard dat er tussen het standpunt van de NMa en de LHV geen licht zit. Op dezelfde wijze als op 30 mei 2008 is blijkbaar in de nieuwsbrief via een link gewezen op de speech van de voorzitter waarin onmiskenbaar afstand is genomen van enige aanbeveling tot gedragingen welke kunnen leiden tot een beperking van de (vrije) vestiging van nieuwe (huis-)artsen.
65. Indien en voor zover zou moeten worden aangenomen dat de "aanbevelingen" een gedrag beogen te bewerkstelligen tot beperking van de vestiging van nieuwe huisartsen, bijvoorbeeld als gevolg van de in die aanbevelingen geuite ongelukkige bewoordingen, dan wijst de Adviescommissie erop dat het gevolg van het op 15 april 2010 in de nieuwsbrief opnemen van een link op dezelfde wijze als eerder op 30 mei 2008 is geschied, in ieder geval impliceert dat daarmee de informatie in evenwicht is en de overtreding, indien daarvan sprake, daarmee ook is geëindigd.

Boete(berekening en hoogte)

66. De LHV voert (meer subsidiair) aan dat de door de Raad opgelegde boete disproportioneel is en daarmee in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. De bezwaren van de LHV betreffen (i) de toepassing van de Boetebeleidsregels 2009, de boetegrondslag, de beoordeling van de ernst van de overtreding c.q. boete-verlagende omstandigheden, de boete-verhogende omstandigheden die door de Raad in aanmerking zijn genomen, de evenredigheid van de boete gelet op het specifieke karakter van de vereniging, haar financiële positie en de verhouding van de leden jegens de vereniging.

Toepassing van de Boetebeleidsregels 2009

67. Volgens de LHV heeft de Raad ten onrechte de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes

door de NMa 2009 (Boetebeleidsregels 2009) toegepast in plaats van de Boetecode 2007, gelet op de aanvang van de voor de vaststelling van de overtreding relevante gedragingen voor de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels, zodat het legaliteitsbeginsel vereist dat Boetecode moet worden toegepast. Indien de Boetecode al niet op de gehele gestelde overtreding wordt toegepast, dan ten minste wel voor de periode waarin de Boetebeleidsregels 2009 nog niet van toepassing waren, tot 1 oktober 2009.

68. De LHV verwijst in dit verband tevens naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 1 juli 2010 in de zaak Boomkwekerijen, volgens welke het feit dat de NMa uitgaat van een voortdurende overtreding geen rechtvaardiging vormt voor het (bij het bepalen van de betrokken omzet voor de boeteberekening) meenemen van omzet behaald in de periode van de overtreding die verjaard is. Volgens de LHV zou een en ander hebben moeten leiden tot een lagere ernstfactor.
69. De Raad heeft vastgesteld dat de gedraging van de LHV die in strijd werd geoordeeld met het mededingingsrecht, voortduurde tot op het moment dat de overtreding werd vastgesteld. Zolang de Aanbevelingen op de website zijn blijven staan, hebben zij hun invloed op het gedrag van de leden kunnen uitoefenen. De Raad heeft daarom het op dat moment geldende boeteregime als leidraad genomen, conform artikel 21 van de Boetebeleidsregels 2009. De wijziging van het boeteregime was niet slechts van toepassing op feiten die zich daarna hebben voorgedaan, maar ook op hetgeen reeds bij de inwerkingtreding bestond (onmiddellijke werking). Door de overtreding niet voor 1 oktober 2009 te beëindigen, wist de LHV dat zij onderworpen zou zijn aan het strengere regime voor de gehele overtreding; de Raad acht dat niet in strijd met het verbod op terugwerkende kracht of het legaliteitsbeginsel.
70. De Raad acht het opknippen van een duurovertreding ongewenst, indien daartoe geen duidelijke aanleiding is gelegen in een wijziging van de gedragingen zelf (of de context waarbinnen zij zich afspeelden).

Beoordeling

71. Nu voor de Adviescommissie vaststaat dat de LHV niet wist en zich ook niet bewust was dat er sprake was van een (voortdurende) overtreding kan ook niet worden volgehouden dat de LHV wist dat zij ingaande 1 oktober 2009 aan een strenger regime van boetes zou worden onderworpen. In het geval al zou kunnen worden gesproken van een gedraging in strijd met de Mw ziet de Adviescommissie geen beletsel om de periode die in aanmerking komt op te knippen tussen de beide boeteregimes, met name omdat het overgrote deel van de veronderstelde gedraging heeft plaats gevonden toen de boetecode 2007 gold. De boetebeleidsregels 2009 kunnen dus niet mede worden toegepast op de periode voor de inwerkingtreding van die regels per 1 oktober 2009, ook al is er sprake van een duurovertreding.

Boetegrondslag

72. De LHV acht de vaststelling van een basisbedrag van € 750.000 per jaar, op basis van de orde van grootte van een jaar van de totale jaaromzet van de leden van de LHV, arbitrair.
73. De Raad acht het door hem "geprikte" basisbedrag redelijk en meent dat de uitkomst ook een evenredig en billijk resultaat geeft. De Raad heeft dit basisbedrag vastgesteld omdat een boete die direct en in absolute zin gerelateerd is aan de totale omzet van de leden gedurende de gehele overtreding, van meer dan 2 miljard euro, tot een disproportioneel hoge boete voor de vereniging zou hebben geleid. Desondanks acht de Raad de omzet van de leden een betere maatstaf dan de omzet van de vereniging zelf. De leden zijn immers op de markt actief. De Raad heeft voorts de duur in de boetegrondslag verdisconteerd (3 jaar en zeven maanden) hetgeen resulteert in een basisboete van € 2.685.000,-

Beoordeling

74. De Adviescommissie acht het basisbedrag gerelateerd aan de jaaromzet van de thans 11.000 leden niet in redelijke verhouding tot staan tot de omzet van de LHV als belangenorganisatie en ook onevenredig. Vastgesteld moet immers worden dat het overgrote deel van die leden niets van doen heeft met de mogelijke overtreding van de Mw door de LHV, niet in de laatste plaats omdat de aanbevelingen zonder enige consultatie zijn opgesteld en zonder formeel besluit van een daartoe bevoegd orgaan op de site zijn geplaatst. Verondersteld mag zelfs, met de LHV, dat het merendeel van de leden het niet eens zal zijn met enige beperking van de (vrije) vestiging voor huisartsen anders dan vanwege kwaliteitseisen en eventuele normering ten behoeve van de patiënt.

Ernst van de overtreding, c.q. boete-verlagende omstandigheden

75. De Raad heeft de zwaarte van de overtreding, gelet op de economische context in het bestreden besluit vastgesteld op 2,5, uitgaande van een bandbreedte van 0-5.
76. De LHV noemt zes factoren waaraan de Raad geen of onvoldoende gewicht heeft toegekend.
77. De eerste factor betreft de invloed van de zorgverzekeraars, die aan de zittende huisartsen bij de vestiging van een nieuwe huisarts een zware rol hebben toebedeeld. Van de Aanbevelingen van de LHV kon in vergelijking daarmee slechts een te verwaarlozen effect uitgaan.
78. De tweede factor waar de Raad volgens de LHV bij het bepalen van de ernstfactor rekening mee zou moeten houden, betreft de grotendeels

procedurele betekenis van de Aanbevelingen en het feit dat zij zijn gedaan in het kader van de 24-uurs zorg die huisartsen verlenen. Daarbij is de concrete invulling van de "sollicitatieprocedure" door de lokale kringen en Hagro's in feite open gelaten.

79. De *derde* factor die de LHV naar voren brengt is het feit dat de LHV aan de achterban meermalen openlijk duidelijk heeft gemaakt, dat vestiging vrij is en - ingevolge de Mededingingswet - vrij behoort te zijn.
80. In de *vierde* plaats wijst de LHV op andere boetebesluiten van de Raad, waarin voor (zeer) zware overtredingen in het algemeen een geringere factor is bepaald. Daaronder zijn zaken betreffende de thuiszorg, waarin een factor van 1,0 passend werd geacht, met betrekking tot marktverdelingsafspraken en 1,5 voor een geval van afstemming van offertes bij WMO aanbestedingen. De LHV acht de motivering voor een factor van 2,5 in de onderhavige zaak daarom tekort schieten.
81. In de *vijfde* plaats acht de LHV een relativering op zijn plaats, inhoudende dat de onderhavige gedragingen niet kunnen worden gezien als een klassiek 'heimelijk' kartel waarbij *hardcore* mededingingsbeperkende afspraken zijn gemaakt, zoals de Raad in de thuiszorgzaken wel heeft overwogen.
82. Als *zesde* en laatste factor waarmee de Raad onvoldoende rekening zou hebben gehouden, voert de LHV aan dat de politiek sinds jaar en dag tegenstrijdige signalen geeft over de gewenste mate van marktwerking in de zorgsector. De Raad dient bij het vaststellen van de ernst van de overtreding rekening te houden met de onduidelijke situatie waarin huisartsen als gevolg van deze berichten verkeren.
83. Blijkens het bestreden besluit is aangenomen dat de zorgverzekeraars niet een zodanige rol hebben gespeeld, dat de Aanbevelingen van de LHV geen (verdere) mededingingsbeperking konden bewerkstelligen. Het is waar dat er zorgverzekeraars waren die een welwillende of zelfs stimulerende houding hebben aangenomen jegens het "reguleren" van het aanbod door de lokaal reeds gevestigde huisartsen. Dit ontslaat de LHV niet van haar eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot het in acht nemen van de grenzen van de Mededingingswet, aldus de Raad.
84. De Raad wijst erop dat de Aanbevelingen beoogden de regulering van het lokale aanbod van huisartsen in handen te geven van de zittende huisartsen, die daarbij hun eigen "behoefte" konden laten prevaleren. De Aanbevelingen mogen op het eerste gezicht "slechts" de bij het ontstaan van een "vacature" te volgen procedure betreffen, dat neemt niet weg dat zij een inhoudelijk mededingingsprobleem in het leven roepen, namelijk een belemmering van de toetreding tot de markt. De gesuggereerde verwantschap met een sollicitatieprocedure, als betrof het een arbeidsbetrekking, acht de Raad in het geval van vrijgevestigde beroepsbeoefenaren niet op zijn plaats.

85. Een voorafgaande toets op de behoefte aan het openstellen van een vacature en een verdergaande selectie van potentiële toetreders dan op grond van een goede waarnemingsregeling noodzakelijk is, acht de Raad niet te rechtvaardigen. Het feit dat huisartsen die niet volgens de aanbevolen procedure worden toegelaten, evenmin tot een bestaande waarnemingsregeling zullen worden toegelaten en daarom moeilijker een contract van de zorgverzekeraar zullen krijgen, maakt de overtreding begaan met het doen van de Aanbevelingen niet minder ernstig, maar juist des te ernstiger.
86. De Raad ontkent niet dat de LHV uitlatingen van die strekking gedaan heeft, maar acht de Aanbevelingen daarmee in feitelijke tegenspraak. De Raad acht het niet reëel om aan te nemen dat de leden-huisartsen de Aanbevelingen op basis van bedoelde uitingen naast zich neer hebben gelegd. Integendeel zal de ondubbelzinnige en concrete inhoud van de Aanbevelingen ertoe hebben kunnen leiden dat de algemene boodschap over vestigingsvrijheid licht vergeten werd. Ook deze omstandigheid maakt de overtreding dus niet minder ernstig.
87. De Raad acht de Aanbevelingen van LHV bijzonder schadelijk voor de mededinging, met name gezien de dekkingsgraad van het lidmaatschap onder Nederlandse huisartsen. De Aanbevelingen waren gericht tot vrijwel alle huisartsen. De concurrentiebeperkingen die in de andere zaken aan de orde waren, betreffen onderlinge beperkingen van de concurrentie tussen ondernemingen die in concurrentie bleven staan met niet-betrokken ondernemingen en bovendien verschilt de context in veel opzichten met die van de onderhavige gedraging.
88. De Raad merkt op dat de Aanbevelingen op het alleen voor leden toegankelijke gedeelte van de website zijn geplaatst en dat de LHV hieraan ook anderszins geen algemene bekendheid heeft gegeven. Het onderhavige besluit had duidelijk de strekking de toetreding te beperken.
89. De Aanbevelingen vormen volgens de Raad een goed voorbeeld van de situatie die het nu juist noodzakelijk maakten náást overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als derde verschijningsvorm van collusie ook besluiten van ondernemersverenigingen onder de werking van artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw te brengen. Het moet praktisch onmogelijk worden geacht tussen 8800 vrije beroepsbeoefenaren een kartel te vormen, maar dankzij het coördinerende optreden van hun branchevereniging kan niettemin een met kartelvorming vergelijkbaar resultaat worden bewerkstelligd.
90. De Raad merkt op dat de LHV niet aangeeft welke signalen concreet betrekking hebben gehad op de huisartsensector, en in het bijzonder niet welke signalen op (regulering van) de vestiging van huisartsen zij op het oog heeft. De Raad wijst erop dat het belang van vrije vestiging voor de keuzevrijheid van de patiënten in "de politiek" tamelijk breed wordt onderschreven. De LHV had zich moeten laten leiden door de weigering van

de NMa om de gevraagde ontheffing ex artikel 17 (oud) Mw te verlenen voor het 'Beleidskader Vestigingsbeleid' zoals dat nog gold ten tijde van de inwerkingtreding van de Mededingingswet. De Raad wijst er ten slotte op dat de NMa veel aandacht heeft besteed aan het geven van voorlichting aan de zorgsector. Vanaf 2004 is in de jaarverslagen van de NMa telkens specifiek aandacht besteed aan de zorgsector. De NMa heeft bovendien sinds 2004 regelmatig op congressen en seminars over de toepasselijkheid van de mededingingsregels in de zorg gesproken.

91. In geen van de door de LHV aangevoerde factoren heeft de Raad in het bestreden besluit dan ook aanleiding gezien om een lagere boete vast te stellen.

Beoordeling

92. De Adviescommissie is tot de bevinding gekomen dat, in het geval de Raad niettegenstaande het hiervoor gemotiveerde advies, de LHV de wil tot coördinatie van de leden om de mededinging te beperken zou blijven toeschrijven, in dat geval een ernstfactor van 2 eerder in de rede ligt dan 2,5, gelet op de in het besluit Paprika (zaak 7036) toegekende ernstfactor en de voor het merendeel van de periode van kracht zijnde boetecode 2007. De Adviescommissie wijst er in dit verband op dat de Raad nergens enige schade voor de afnemers heeft aangetoond, waar dat bij het besluit Paprika duidelijk wel voor de hand lag, terwijl daar een ernstfactor 2 is gehanteerd.

Boete-verhogende omstandigheden

93. Volgens de LHV heeft de Raad het feit dat de NMa in 2001 geen ontheffing heeft verleend voor het toenmalige vestigingsbeleid ten onrechte als boete verhogende omstandigheid aangemerkt (10%). De NMa heeft destijds geen overtreding vastgesteld en de Aanbevelingen zijn ook niet te vergelijken met het vestigingsbeleid waarvoor ontheffing was gevraagd.
94. Dat de NMa destijds geen overtreding heeft vastgesteld, doet er niet aan af dat de weigering om een ontheffing te verlenen een oordeel inhield dat de voorgelegde regeling in strijd met het verbod in artikel 6, eerste lid, Mw was. De LHV heeft zich bij het besluit op bezwaar van de d-g NMa in die zaak neergelegd. Het vestigingsbeleid uit die tijd ging inderdaad aanzienlijk verder dan de Aanbevelingen waarop de onderhavige procedure betrekking heeft. De boeteverhoging is dan ook niet toegepast vanwege recidive. De verzwarende omstandigheid is enkel gelegen in het feit dat de LHV op het vlak van vestiging extra attent had moeten zijn op gedragingen die - al is het op andere wijze, of "via de achterdeur" - weer vestigingsrestricties meebrachten.
95. De LHV acht het voorts onbegrijpelijk dat een toezegging om voor de natuurlijke personen die de NMa als feitelijk leidinggevers zou kwalificeren een boete te betalen, heeft geleid tot boeteverhoging. De wetgever heeft

hiervoor geen wettelijke voorziening getroffen en heeft geaccepteerd dat boetes onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering kunnen vallen. De twee natuurlijke personen aan wie een boete is opgelegd, hebben deze inderdaad kunnen claimen bij hun verzekeraar.

96. De Raad ziet het feit dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar kennelijk instaat voor de voldoening van een boete die wegens overtreding van het kartelverbod is opgelegd als een ondermijning van de afschrikwekkende werking van die boete, welke inderdaad alleen door de wetgever kan worden aangepakt, omdat dit de handhaving in individuele zaken te buiten gaat. Dat neemt echter niet weg dat de Raad het de LHV in de voorliggende zaak mag aanrekenen als zij, als ondernemersvereniging die zelf het verbod van artikel 6 Mw overtreedt, (bij voorbaat) verklaart borg te zullen staan voor de eventuele boetes die aan de daarvoor verantwoordelijke bestuurders worden opgelegd. Dat de verzekering van de betrokken personen achteraf dekking blijkt te bieden, zodat de LHV de toezegging van de ledenvergadering niet gestand hoefde te doen, doet niet af aan het laakbare karakter van de verklaring.

Beoordeling

97. De Adviescommissie is van oordeel dat de Raad ten onrechte als boete verhogende omstandigheden in aanmerking heeft genomen de eerdere weigering van de NMa op een verzoek tot ontheffing door de LHV. De gevraagde ontheffing betrof een andere, zij het gerelateerde, materie en een ander beleid van de LHV, welke de Adviescommissie niet als dezelfde overtreding kan aanmerken. Van een herhaling is derhalve naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake, ook al moet de Raad worden toegegeven dat op grond van de eerdere afwijzing de LHV bekend diende te zijn met de risico's en wist van de noodzaak extra alert te zijn. Wel volgt de Adviescommissie de Raad terzake van de verhoging van 5% wegens het onvoorwaardelijk garanderen van betaling van de boete die is opgelegd aan de twee feitelijke leidinggevers voor het geval beide boetes in stand zouden worden gelaten. Deze garantie doet afbreuk aan de effectieve sanctionering van overtredingen van de Mededingingswet, en kan daarmee boeteverhoging rechtvaardigen.

Evenredigheid en billijkheid

98. De LHV stelt dat de opgelegde boete van € 7.719.000 buitenproportioneel is voor een belangbehartiger als de LHV en leidt tot evidente onbillijkheid. Voorts zou de NMa zich niet hebben gehouden aan de regel dat de boete niet het faillissement van de overtreder tot gevolg mag hebben. De financiële positie van de LHV is zodanig aangetast dat niet meer van een gezonde financiële positie kan worden gesproken. De jurisprudentie van het CBb waarin wordt aangegeven dat bij een ondernemersvereniging van draagkracht in ruime zin kan worden uitgegaan, inhoudende dat de leden zo nodig een aanvullende bijdrage leveren om de boete te kunnen opbrengen,

acht de LHV op haar niet van toepassing. Dat zou onredelijk zijn, omdat de leden zich op een enkele uitzondering na niet mededingingsbeperkend hebben gedragen, en bovendien worden ook leden getroffen die in de aanbevolen vestigingsprocedure geen enkele rol spelen (zoals artsen in loondienst en waarnemers).

99. De LHV heeft inmiddels concrete en specifieke informatie verschaft om te onderbouwen dat de opgelegde boete het faillissement van de vereniging zou veroorzaken. De Raad heeft toegezegd zijn besluit op dit punt te zullen heroverwegen

Beoordeling

100. Voor het geval de Raad toch wil uitgaan van het bestaan van een formeel besluit geldt dat de Raad niet heeft aangetoond of en zo ja in hoeverre de leden van de LHV, ook de niet als zelfstandige artsen gevestigde leden, hebben geprofiteerd van enige mededingingsbeperking. De Adviescommissie wijst op het door het CBB toegestane beginsel van draagkracht in ruime zin. Uitgangspunt is daarbij de gedachte dat de leden ook geprofiteerd zullen hebben van de door de ondernemersvereniging besloten mededingingsbeperking. De NMA zal een redelijker criterium dienen te vinden in het geval hij aan de oplegging van een boete toekomt.

Slotsom en Advies

101. De Adviescommissie adviseert de Raad de bezwaren van LHV gegrond te verklaren en het besluit, waartegen bezwaar, te herroepen en een besluit op bezwaar te nemen in voege als voormeld.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 6888-1 –

Mr. J.P. Fokker
(voorzitter)
voor deze M.J.S. Korteweg-Wiers

mr. M.J.S. Korteweg-Wiers
(secretaris)