

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3309-186

Betreft zaak: NIP, LVE, NVP en NVVP

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot gedeeltelijke gegrondverklaring en gedeeltelijke ongegrondverklaring van de bezwaren gericht tegen zijn besluit van 26 april 2004, kenmerk 3309/89.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 26 april 2004 (“het bestreden besluit”) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (“d-g NMa”) vastgesteld dat de ondernemersverenigingen Nederlands Instituut van Psychologen, Landelijke Vereniging van Eerstelijnspsychologen, Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie en Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten (respectievelijk “NIP”, “LVE”, “NVP” en “NVVP” of tezamen als “partijen” aangeduid) artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (“Mw”) hebben overtreden door het nemen van besluiten aangaande tariefadviezen aan hun leden in de periode van 1998 tot en met 2002.
2. Voor het begaan van deze overtredingen heeft de d-g NMa aan het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP boetes opgelegd van respectievelijk EUR 240.000, EUR 80.000, EUR 55.000 en EUR 70.000. Daarnaast heeft de d-g NMa aan voornoemde partijen afzonderlijk een last onder dwangsom opgelegd die ertoe strekt dat de betrokken ondernemersverenigingen hun leden mededelen dat zij wegens strijdigheid met de Mededingingswet de praktijk van het verstrekken van tariefaanbevelingen definitief hebben beëindigd. Partijen zouden daarbij een dwangsom verbeuren van EUR 500 per dag voor iedere dag dat zij niet aan deze last voldeden tot een maximum van EUR 50.000 per ondernemersvereniging.
3. Aan de LVE is bovendien een last opgelegd die ertoe strekt dat de LVE zich definitief onthoudt van het ter beschikking stellen van rekenvoorbeelden die uitkomen op een specifiek tarief, dan wel andere uitingen met hetzelfde effect. De LVE zal een dwangsom verbeuren van EUR 50.000 voor elke keer dat de LVE in strijd handelt met deze last en EUR 500 per dag voor elke keer dat zij op internet uitingen doet die in strijd zijn met deze last.

4. Partijen hebben binnen de in het bestreden besluit gestelde termijnen voldaan aan de aan hen opgelegde lasten onder dwangsom. De LVE en de NVVP hebben inmiddels de aan hen opgelegde boetes betaald en wel per 20, respectievelijk 26 juli 2004.
5. Tegen het bestreden besluit hebben de betrokken partijen tijdig gemotiveerd bezwaar aangetekend.
6. De d-g NMa heeft de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet ("Adviescommissie").
7. Op 5 november 2004 zijn de betrokken partijen alsook de d-g NMa naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 8 december 2004 aan betrokkenen is toegezonden.
8. Op 23 december 2004 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht ("het Advies"). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.

II. Het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

9. In haar Advies aan de d-g NMa concludeert en adviseert de Adviescommissie als volgt:

104. Naar het oordeel van de Adviescommissie is het besluit met betrekking tot de hoogte van de aan het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP opgelegde boetes onvoldoende gemotiveerd. De bezwaren terzake dienen dan ook gegrond te worden verklaard.

105. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa in het besluit op bezwaar de hoogte van de boetes - indachtig de overwegingen in de randnummers 91 tot en met 93 van dit Advies - nader te motiveren.

106. Voor het overige dienen de bezwaren ongegrond te worden verklaard.

III. Nadere motivering

10. De d-g NMa beslist conform het Advies en verwijst in zoverre ter motivering van dit besluit, conform het bepaalde in artikel 3:49 Awb, naar het Advies.

Hoogte van de boetes

11. In randnummer 93 van het Advies wordt de d-g NMa geadviseerd de hoogte van de boetes nader te motiveren en daarbij voor ieder van de beboete partijen aan te geven hoe deze boetes zich onderling tot elkaar verhouden. Ter nadere motivering van de hoogte van de aan partijen opgelegde boetes en inzonderheid de onderlinge verhouding tussen de boetes van partijen overweegt de d-g NMa als volgt.
12. De Richtsnoeren boetetoemeting geven inzicht in de wijze waarop de d-g NMa gebruik maakt van zijn aan de artikelen 56 juncto 57 Mw ontleende bevoegdheid tot het opleggen van een boete in het geval van overtreding van de Mededingingswet.¹ Volgens de Richtsnoeren boetetoemeting stelt de d-g NMa voor een ondernemersvereniging een boete vast, die is gebaseerd op een bedrag gelijk aan 10% van de betrokken omzet (in de zin van randnummer 15 van de Richtsnoeren boetetoemeting) van de bij haar aangesloten ondernemingen, vermenigvuldigd met een rekenfactor, die wordt bepaald door de ernst van de overtreding.²
13. In randnummer 170 van het bestreden besluit wordt de betrokken omzet geschat op minimaal EUR 250 miljoen voor het NIP, EUR 264 miljoen voor de LVE, EUR 108 miljoen voor de NVP en EUR 124 miljoen voor de NVVP. In randnummer 169 van het bestreden besluit heeft de d-g NMa voor alle partijen de ernst van de overtredingen met een rekenfactor van 0,2 gekwalificeerd.
14. Een overeenkomstig de in randnummer 12 beschreven systematiek berekende boete zou gelet op de omvang van de in randnummer 13 genoemde bedragen naar de mening van de d-g NMa, zoals ook verwoord in randnummer 171 van het bestreden besluit, leiden tot een evident onbillijke uitkomst, hetgeen aanleiding geeft tot het opleggen van een in omvang aanzienlijk beperktere boete, waarbij acht wordt geslagen op het uitgangspunt van preventieve werking en het vereiste van proportionaliteit.
15. Teneinde in onderhavige zaak een aldus beperktere boete vast te stellen, neemt de d-g NMa per partij een bedrag als uitgangspunt dat, met inachtneming van de verschillen in duur van de overtredingen, uitdrukking geeft aan de ernst van de overtredingen, die in randnummer 169 van het bestreden besluit voor alle partijen met dezelfde rekenfactor is gekwalificeerd.

¹ Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, regeling van 19 december 2001, Stcrt. 2001, 248, p. 90.

² Richtsnoeren boetetoemeting, rnrns. 15, 17, 18 en 20-22.

16. Voor de overtreding van het NIP met betrekking tot psychotherapeutische diensten, welke heeft plaatsgevonden van 1 januari 1998 tot 2 oktober 2003, neemt de d-g NMa een bedrag van EUR 160.000 als uitgangspunt. Voor de overtreding van het NIP met betrekking tot psychologische diensten anders dan psychotherapie, welke heeft plaatsgevonden van 22 september 2000 tot 2 oktober 2003, neemt de d-g NMa een bedrag van EUR 80.000 als uitgangspunt. Bij elkaar opgeteld, resulteert dit in een bedrag van EUR 240.000.
17. In het geval van de LVE, wier overtreding heeft plaatsgevonden van 1 januari 1998 tot 2 oktober 2003, neemt de d-g NMa een bedrag van EUR 160.000 als uitgangspunt.
18. In het geval van de NVP, wier overtreding heeft plaatsgevonden van 1 januari 1998 tot en met december 2002, neemt de d-g NMa een bedrag van EUR 140.000 als uitgangspunt.
19. In het geval van de NVVP, wier overtreding heeft plaatsgevonden van 1 januari 1998 tot 2 oktober 2003, neemt de d-g NMa een bedrag van 160.000 als uitgangspunt.
20. Uit een oogpunt van proportionaliteit neemt de d-g NMa, overeenkomstig randnummer 173 van het bestreden besluit, de financiële middelen van partijen, geïndiceerd door de omvang van de jaarcontributie, in aanmerking, doch tevens het feit dat partijen rechtstreeks invloed hebben op de eigen financiële positie door het vaststellen van de hoogte van de jaarcontributie van de leden.
21. De d-g NMa neemt in dit kader primair de betrokken contributie-inkomsten van partijen in acht. De betrokken contributie-inkomsten, oftewel de contributie-inkomsten over 2002 die partijen hebben ontvangen van de leden op wie de adviestarieven betrekking hebben, zijn hiervoor in aanmerking genomen en bedragen voor het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP respectievelijk EUR 947.000, EUR 319.000, EUR 232.732 en EUR 287.000. Secundair neemt de d-g NMa, als indicatie voor de ruimte die partijen hebben om de eigen financiële positie door middel van een contributieverhoging te beïnvloeden, de gemiddelde jaarcontributie die partijen per betrokken lid ontvangen in acht. Hiervoor is de gemiddelde jaarcontributie die partijen per lid hebben ontvangen over het jaar 2002 in aanmerking genomen, welke voor het

NIP, de LVE, de NVP en de NVVP bij benadering respectievelijk EUR 224, EUR 270, EUR 114 en EUR 291 bedraagt.³

22. In het licht van het voorgaande kan worden opgemerkt dat de betrokken contributie-inkomsten van de LVE, de NVVP en de NVP aanmerkelijk lager zijn dan die van het NIP. Met betrekking tot de verhouding tussen de betrokken contributie-inkomsten van de LVE, de NVP en de NVVP kan worden opgemerkt dat die van de LVE enigszins hoger zijn dan die van de NVVP en dat de betrokken contributie-inkomsten van de NVVP op hun beurt hoger zijn dan die van de NVP. De d-g NMa stelt voorts vast dat de gemiddelde jaarcontributie die het NIP, de LVE en de NVVP per betrokken lid ontvangen significant hoger is dan de gemiddelde jaarcontributie die de NVP per betrokken lid ontvangt, waarmee naar het oordeel van de d-g NMa de ruimte van de NVP om haar eigen financiële positie door middel van een contributieverhoging te beïnvloeden relatief groter is dan bij de overige partijen.
23. Met inachtneming van de in de randnummers 21 en 22 beschreven verhoudingen acht de d-g NMa een verlaging van de in de randnummers 17, 18 en 19 genoemde bedragen op zijn plaats. Ten aanzien van de LVE, de NVP en de NVVP past de d-g NMa bijgevolg een verlaging van respectievelijk EUR 80.000, EUR 85.000 en EUR 90.000 toe, hetgeen leidt tot de vaststelling van boetebedragen voor de LVE, de NVP en de NVVP van respectievelijk EUR 80.000, EUR 55.000 en EUR 70.000.

Kenmerken van de betrokken markt(en)

24. Volgens randnummer 93 van het Advies dient de d-g NMa, voor zover opportuun, bij de motivering van de hoogte van de boetes aandacht te besteden aan de opmerkingen van partijen over het bijzondere karakter van de markt, waarop volgens hen een volwaardige mededinging nog niet tot ontwikkeling zou zijn gekomen. De d-g NMa overweegt in dit kader als volgt.

³ De d-g NMa heeft voor de berekening van de gemiddelde jaarcontributies de totale contributie-inkomsten van partijen over het jaar 2002 gedeeld door het totale aantal leden van partijen zoals vermeld in het bestreden besluit. De d-g NMa heeft de totale contributie-inkomsten van het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP in aanmerking genomen, zoals vermeld in, respectievelijk, dossierstukken 3309/27, 3309/25, 3309/24 en 3309/26. Het totale aantal leden van partijen zoals vermeld in het bestreden besluit is door partijen niet betwist.

25. Het besluit van de d-g NMa richt zich tegen gedragingen van partijen ten aanzien van hun vrijgevestigde leden welke actief zijn op het gebied van psychologische dienstverlening binnen het zogenaamde derde compartiment van het zorgverzekeringsstelsel. De dienstverlening waar onderhavig besluit betrekking op heeft, valt met andere woorden buiten de werkingssfeer van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en bovendien buiten de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG). De dienstverlening van de vrijgevestigde psychotherapeuten is op 1 februari 2005 onder de werkingssfeer van de WTG gebracht, maar hun tarieven zijn ook onder de werkingssfeer van deze wet vrij onderhandelbaar.⁴ De bij onderhavige zaak betrokken diensten worden kortom niet gefinancierd uit publieke middelen en de tariefstelling van deze diensten is vrij. Dit was al het geval vóór de inwerkingtreding van de Mededingingswet en tot op de dag van vandaag bestaan er op de betrokken markt(en) geen wettelijke of natuurlijke barrières voor prijsconcurrentie.
26. De d-g NMa erkent dat binnen de zorgsector, mede vanwege wet- en regelgeving, mededinging nog niet in al haar facetten in volle omvang tot ontwikkeling is gekomen. Echter, de d-g NMa is van oordeel dat er op de markt voor psychologische dienstverlening in ieder geval op het gebied van de prijs, een belangrijke concurrentieparameter waar onderhavige zaak ook betrekking op heeft, mededinging al geruime tijd zonder beperkingen tot de mogelijkheden behoort. Kortom, ook al zou concurrentie in de betrokken sector niet op alle onderdelen mogelijk zijn, de d-g NMa is in ieder geval van oordeel dat prijsconcurrentie mogelijk is.⁵
27. Voor zover partijen, door te wijzen op het (bijzondere) karakter van de betrokken markt(en), meer in het bijzonder door te stellen dat marktwerking *de facto* gebrekkig is en prijsconcurrentie van ondergeschikte betekenis, expliciet of impliciet hebben willen betogen dat de betrokken gedragingen in beperkte mate schade voor de mededinging opleveren en/of minder zwaar zouden moeten worden beboet, volgt de d-g NMa hen niet, daar zij hiermee oorzaak en gevolg omdraaien.

⁴ Zie hieromtrent het Koninklijk Besluit van 27 oktober 2003, Staatsblad 2003, 451, artikel IV, alsmede het Koninklijk Besluit van 25 januari 2005, Staatsblad 2005, 42, artikel 3; zie voorts de brief van de Minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport van 4 juni 2004 aan de voorzitter van het College Tarieven Gezondheidszorg inzake de WTG en vrijgevestigde psychotherapeuten (kenmerk GVM/2481881), te vinden op www.ctg-zaio.nl.

⁵ Zie ook de uitspraak van het CBB van 12 maart 2004, *Bredase Notarissen*, AWB 03/916 en 03/946 9500, ro. 6.2

28. De tariefadviezen van partijen hebben naar het oordeel van de d-g NMa de strekking om prijsconcurrentie en daarmee de (potentiële) mededinging op de betrokken markten te belemmeren. Juist in sectoren of markten waarin mededinging nog niet in al haar facetten en in volle omvang tot ontwikkeling is gekomen acht de d-g NMa dergelijke gedragingen schadelijk.

Financiële positie van de NVVP

29. De Adviescommissie heeft in randnummer 94 van het Advies de d-g NMa, onder verwijzing naar hetgeen op de hoorzitting van 5 november 2004 is gezegd, geadviseerd om de partijen die zich op hun financiële armslag of gestelde financiële problematiek beroepen, in de gelegenheid te stellen daarover met de d-g NMa in overleg te treden. De d-g NMa merkt in dit verband het volgende op.
30. In de schriftelijke toelichting bij zijn besluit van 26 april 2004 en ten tijde van de hoorzitting van 5 november 2004 liet de d-g NMa weten dat hij openstond voor nadere informatie omtrent eventuele financiële problemen aan de zijde van de NVVP⁶. De NVVP heeft naar aanleiding hiervan bij brief van 7 december 2004 vertrouwelijke financiële gegevens aan de d-g NMa overgelegd aan de hand waarvan de NVVP heeft betoogd dat zij als gevolg van de NMa-boete en een bijzondere omstandigheid financiële problemen ondervindt. De NVVP heeft in bovengenoemde brief voorts laten weten dat contributieverhoging in haar ogen geen optie is om de financiële problemen het hoofd te bieden. De d-g NMa overweegt hieromtrent als volgt.
31. Ten eerste heeft naar het oordeel van de d-g NMa de NVVP niet, althans onvoldoende aangetoond, dat de boete die de d-g NMa aan haar heeft opgelegd op zichzelf heeft geleid tot de door haar gestelde financiële problemen. De NVVP heeft namelijk laten weten dat naast de NMa-boete bovendien een bijzondere omstandigheid debet is aan de door haar gestelde problemen. De d-g NMa staat buiten deze bijzondere omstandigheid.
32. Voorts merkt de d-g NMa in dit kader op dat de NVVP niet heeft aangevoerd en ook anderszins niet, althans onvoldoende, aannemelijk heeft gemaakt dat de aan haar opgelegde

⁶ De Adviescommissie heeft in randnummer 94 van haar Advies abusievelijk gerefereerd aan het NIP. Zie in dit verband ook het verslag van de hoorzitting, p.11.

boete een faillissement waarschijnlijk zou maken. Daarenboven heeft de NVVP de aan haar opgelegde boete inmiddels betaald.

33. Ten slotte merkt de d-g NMa op dat de door de NVVP gestelde financiële problematiek niet afdoet aan de omstandigheid dat zij bij machte is om haar financiële positie te beïnvloeden, hetgeen zij middels een contributieverhoging kan realiseren. De NVVP heeft niet, althans onvoldoende, gemotiveerd waarom een contributieverhoging niet tot de mogelijkheden behoort om de door haar gestelde financiële problematiek het hoofd te bieden of waarom zij niet anderszins haar financiële positie kan verbeteren.

IV. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- a) neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 23 december 2004 over;
- b) verklaart de bezwaren van het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP met betrekking tot de motivering van de hoogte van de boetes gegrond;
- c) verklaart voor het overige de bezwaren tegen zijn besluit van 26 april 2004 ongegrond;
- d) handhaaft, onder aanvulling van de motivering, de in zijn besluit van 26 april 2004 aan partijen opgelegde sancties.

Datum: 20 april 2005

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 beroepschrift indienen bij de rechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.