

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Advies in zaak: **3309/NIP, LVE, NVP en NVVP**

Leden van de subcommissie: mr. drs. R.C. van Houten (voorzitter),
prof. mr. J.H. Jans en mw. prof. dr. A.M. van den
Bossche

Secretaris van de subcommissie: mr. W.T. Algera

Datum

Bijlage(n)

23 december 2004

Besluit d.d. 26 april 2004 in zaak 3309/NIP, LVE, NVP en
NVVP

Inhoudsopgave:

1	Inleiding	2
2	Procedure	2
3	Bestreden besluit	4
4	Beoordeling van de bezwaren	5
	<u>4.1 Procedurele bezwaren</u>	6
	<u>4.2 Vastgestelde inbreuken</u>	6
	<u>4.3 Inbreuk op art. 6 Mw</u>	7
	4.3.1 Toepasselijk recht	7
	4.3.1.1 Toepasselijkheid van het mededingingsrecht op vrijgevestigde psychotherapeuten en psychologen	7
	4.3.1.2 Toepasselijkheid van de Mededingingswet op de gedragingen	9
	4.3.2 Ondernemersvereniging	9
	4.3.3 Besluit van een ondernemersvereniging	10
	4.3.4 Mededingingsbeperking en Merkbaarheid	14
	4.3.4.1 Mededingingsbeperking	14
	4.3.4.2 Merkbaarheid	18
	4.3.5 Duur van de inbreuken	19
	4.3.6 Niet-verwijtbaarheid / goede trouw/ ontbreken opzet	20
	<u>4.4 Sanctie</u>	21
	4.4.1 Afzien van een boete / opleggen van een symbolische boete	21
	4.4.2 Berekening van de hoogte van de boete	24
	4.4.3 Dubbele bestraffing	26
	4.4.4 Boeteverlagende omstandigheden	27
	<u>4.5 Slotoverweging</u>	27
5	Conclusies en Advies	28

1 Inleiding

1. Bij besluit in de zin van artikel 62, eerste lid, Mededingingswet (Mw) van 26 april 2004 (hierna: het besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) in zaak 3309 een inbreuk vast op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw door de hierna genoemde ondernemersverenigingen, vanwege het door middel van besluiten adviseren over de door de leden van deze ondernemersverenigingen te hanteren tarieven. Volgens het besluit strekken deze gedragingen ertoe en hebben zij tot gevolg dat de mededinging wordt beperkt.

- Nederlands Instituut van Psychologen (hierna: NIP)
- Landelijke Vereniging van Eerstelijnspsychologen (hierna: LVE)
- Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie (hierna: NVP)
- Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten (hierna: NVVP)

2. De inbreuk is vastgesteld voor de periode van 1 januari 1998 tot 2 oktober 2003 voor de ondernemersverenigingen NIP, LVE en NVVP en van 1 januari 1998 tot en met december 2002 voor de ondernemersvereniging NVP.

3. Aan het NIP werd een boete opgelegd van EUR 240.000. Aan de LVE werd een boete opgelegd van EUR 80.000. Aan de NVP werd een boete opgelegd van EUR 55.000. Aan de NVVP werd een boete opgelegd van EUR 70.000. Aan ieder van de hiervoor genoemde ondernemersverenigingen werd een afzonderlijke last onder dwangsom opgelegd. De last strekt ertoe dat iedere ondernemersvereniging haar leden binnen 2 maanden schriftelijk meedeelt, dat de ondernemersvereniging wegens strijdigheid met de Mw de praktijk van adviestarieven definitief beëindigt of heeft beëindigd. De dwangsom voor iedere ondernemersvereniging bedraagt EUR 500 per dag dat door de betrokken ondernemersvereniging niet of niet volledig aan deze last wordt voldaan met een maximum van EUR 50.000 per ondernemersvereniging.

4. Tevens werd aan de LVE last onder dwangsom opgelegd, waarvan de last 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 dezelfde of vergelijkbare uitkomst. Voor elke keer dat de LVE handelt in strijd met deze instructie wordt een dwangsom van EUR 50.000 verbeurd en voor publicaties op Internet in strijd met deze instructie wordt per dag een dwangsom van EUR 500 verbeurd. Deze dwangsom zal maximaal EUR 150.000 belopen.

2 Procedure

5. Tegen het bestreden besluit werd namens het NIP op 28 mei 2004 een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief van 28 juni 2004 heeft de d-g NMa het NIP in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk acht weken na dagtekening aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 6 augustus 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en het NIP in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 10 september 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 7 september 2004 dienden mw. mr. E. Boerwinkel namens het NIP aanvullende gronden van bezwaar in.

6. Tegen het bestreden besluit werd namens de LVE op 1 juni 2004 een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief van 28 juni 2004 heeft de d-g NMa de LVE in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk acht weken na dagtekening aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 6 augustus 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en de LVE in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 10 september 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 9 september 2004 dienden mr. G.W.A. van de Meent, mw. mr. Y.A. Maasdam en mr. R.A. Struijlaart namens de LVE aanvullende gronden van bezwaar in.

7. Tegen het bestreden besluit werd namens de NVP op 2 juni 2004 een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief van 28 juni 2004 heeft de d-g NMa de NVP in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk acht weken na dagtekening aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 6 augustus 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en de NVP in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 10 september 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 9 september 2004 diende dr. A.T. Veeninga namens de NVP aanvullende gronden van bezwaar in.

8. Tegen het bestreden besluit werd namens de NVVP op 3 juni 2004 een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief van 28 juni 2004 heeft de d-g NMa de NVVP in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk acht weken na dagtekening aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 6 augustus 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en de NVVP in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 10 september 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 8 september 2004 dienden mw. mr. M.E.F. Bots en mw. prof. mr. W.R. Kastelein namens de NVVP aanvullende gronden van bezwaar in.

9. Op 25 oktober 2004 heeft de d-g NMa de Adviescommissie een schriftelijke toelichting doen toekomen op het standpunt van de d-g NMa ter zake van de door het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP ingediende bezwaarschriften tegen het besluit.

10. Op 5 november 2004 vond de hoorzitting van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie) plaats ten kantore van de NMa, waarbij vertegenwoordigers en gemachtigden van bovengenoemde ondernemingen (hierna: bezwaarden) aanwezig waren. De subcommissie bestaat in deze zaak uit mr. drs. R.C. van Houten (voorzitter), prof. mr. J.H. Jans en mw. prof. dr. A.M. van den Bossche (leden), bijgestaan door mr. W.T. Algera (secretaris). Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt (hierna: het Verslag) dat op 8 december 2004 aan bezwaarden en de d-g NMa is toegestuurd.

11. Op 18 en 22 november 2004 zijn namens het NIP, de LVE en de NVVP aan de Adviescommissie aanvullende stukken toegezonden met het verzoek die stukken in de beoordeling te betrekken. Belanghebbenden kunnen tot 10 dagen voor de zitting aanvullende stukken indienen (art. 7:18, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb)). Reeds vanwege de omstandigheid dat deze stukken na afloop van de hoorzitting zijn overgelegd, zijn deze stukken in het kader van dit Advies niet in de beoordeling betrokken.

12. Voor wat betreft de procedure voor de totstandkoming van het besluit wordt verwezen naar het besluit.

3 Bestreden besluit

13. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit Advies gehecht.

4 Beoordeling van de bezwaren

14. De Adviescommissie bespreekt en beoordeelt de hiernavolgende onderdelen op basis van het besluit, het aan de Adviescommissie ter beschikking gestelde dossier, de bezwaarschriften van het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP en de schriftelijke zienswijze van de d-g NMa, alsmede naar aanleiding van hetgeen ter hoorzitting mondeling naar voren is gebracht namens bezwaarden en de d-g NMa, zoals neergelegd in het Verslag en de bijlagen. Voor de volledige weergave van de standpunten verwijst de Adviescommissie naar genoemde documenten. Ten aanzien van de feiten en de gedragingen op basis waarvan hieronder beoordeling van de ingebrachte bezwaren plaatsvindt, wordt uitgegaan van de weergave daarvan zoals opgenomen in de randnummers 24 tot en met 72 van het besluit voor zover niet gemotiveerd bestreden door bezwaarden of de Adviescommissie anders uit de onderliggende stukken is gebleken.

15. In dit onderdeel worden per onderwerp de kern van het besluit en de essentie van de bezwaren van het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP weergegeven, waarna de beoordeling van de Adviescommissie volgt. De bezwaren concentreren zich op (i) de toepasselijkheid van de Mw op de activiteiten van vrijgevestigde psychotherapeuten en psychologen en de onderhavige activiteiten van bezwaarden, (ii) de vraag of sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging, en (iii) de vraag of deze besluiten de mededinging merkbaar beperken. Tevens richten de bezwaren zich tegen (iv) de verwijtbaarheid van een eventuele inbreuk, alsmede (v) het opleggen en het vaststellen van de hoogte van de boetes.

16. Het NIP en de LVE verwijzen in hun aanvullende bezwaarschriften naar de door hen ingediende schriftelijke en mondelinge zienswijzen naar aanleiding van het rapport en naar eerdere stellingen in de procedure.¹ De Adviescommissie is van oordeel dat op specifieke punten het bezwaarschrift kan worden gestaafd met een concrete verwijzing naar documenten die tot zoverre in de procedure zijn ingebracht. Een algemene verwijzing, zoals door bezwaarden wordt gehanteerd, is echter onvoldoende specifiek om door de Adviescommissie als bezwaar te worden beoordeeld.²

17. Hierna volgt in par. 4.1 de beoordeling van een procedureel bezwaar. In paragraaf 4.2 worden de door de d-g NMa vastgestelde inbreuken uiteengezet, waarna in paragraaf 4.3 de bezwaren met betrekking tot de toepasselijkheid van het mededingingsrecht en de Mw worden beoordeeld (par. 4.3.1). Daarop komen de bezwaren aan de orde betreffende de mededingingsrechtelijke hoedanigheid van bezwaarden (par. 4.3.2), de kwalificatie van de gedragingen als besluiten van ondernemersverenigingen (par. 4.3.3), het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen en de merkbaarheid (par. 4.3.4), alsmede de duur van de inbreuken (par. 4.3.5) en de verwijtbaarheid (par. 4.3.6). In paragraaf 4.4 komen de bezwaren met betrekking tot de opgelegde sancties aan de orde. In paragraaf 5 volgen de conclusies en het advies.

¹ NIP, punt 1, LVE, punt 7.

² GvEA, arrest van 16 december 2003, gev. zaken T-5/00 en T-6/00, FEG, nng., RO 100-101.

4.1 Procedurele bezwaren

18. De LVE stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa in het besluit onvoldoende is ingegaan op de door haar naar voren gebrachte argumenten en acht het besluit om die redenen onvoldoende gemotiveerd waarmee het onzorgvuldig tot stand zou zijn gekomen.

Beoordeling

Naar het oordeel van de Adviescommissie dient dit bezwaar te worden verworpen. De schriftelijke en mondelinge argumenten naar aanleiding van het rapport zijn naar het oordeel van de Adviescommissie op voldoende wijze meegewogen bij de totstandkoming van het besluit. Dat in het besluit niet op elk afzonderlijk argument expliciet en uitgebreid is ingegaan, doet daaraan niet af. Aan het bezwaar betreffende de motivering van het besluit wordt – voorzover opportuun – in de afzonderlijke onderdelen van het Advies aandacht besteed.

4.2 Vastgestelde inbreuken

19. In het besluit wordt de ondernemersverenigingen het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP verweten in de vorm van besluiten aan hun leden prijsadviezen te hebben gegeven. Deze vaststelling volgt uit de navolgende gedragingen.³

Platform Psychotherapie (NIP, NVP en NVVP)

20. Het Platform Psychotherapie is een overlegorgaan van de verenigingen van de aanbieders van psychotherapie: het NIP, de NVP en de NVVP. Tijdens de vergadering van het Platform van 19 maart 1997 is afgesproken dat deze verenigingen een gezamenlijk gedragen adviestarief voor psychotherapie hanteren.⁴ Deze adviestarieven hebben betrekking op de particuliere sector of ‘zelfbetalers’ dat wil zeggen psychotherapie die niet in het kader van de AWBZ wordt geleverd. Tijdens de vergadering van 15 december 1999 werd besloten het in 1997 afgesproken tarief (NLG 139) met ingang van 1 januari 2000 te verhogen naar NLG 149 met een geldigheidsduur van 2 jaar.⁵ Tijdens de vergadering van 21 november 2001 is besloten om het tarief per 1 januari 2002 te verhogen naar NLG 170 (€ 77).⁶ Tijdens later platformoverleg is gesproken over een verhoging voor 2003, waarbij het NIP en de NVVP hebben ingestemd met een adviestarief van € 85 per 1 februari 2003.⁷ Voor de NVP is niet komen vast te staan dat zij met deze laatste verhoging heeft ingestemd.⁸

NIP

21. Het NIP heeft sinds ten minste 1998 actief deelgenomen aan de totstandkoming van de voornoemde afspraken en heeft de adviestarieven voor psychotherapie aan zijn leden gecommuniceerd. Het NIP heeft de adviestarieven voor psychotherapie voor de jaren 2000 tot en met 2003 gepubliceerd in onder meer brochures en informatiebulletins en op

³ Besluit randnrs. 38-72.

⁴ Dossierstukken 10002056 en 10002053.

⁵ Dossierstuk 10002055.

⁶ Dossierstuk 10002062.

⁷ Dossierstukken 10004017, 10002255 en 10003618.

⁸ Dossierstuk 10002071.

zijn website. De Afdeling Voorlichting en de medewerker belangenbehartiging van het NIP fungeren als vraagbaak.⁹ Ook aan psychologen zou het NIP vanaf 2000 adviestarieven hebben gecommuniceerd door middel van diverse door het NIP uitgegeven brochures. Vanaf 2002 verwijst het NIP voor deze tarieven naar de LVE. De brochures zijn gericht aan cliënten en aan leden. Ook hier fungeren de afdeling Voorlichting en de medewerker belangenbehartiging van het NIP als vraagbaak.¹⁰

NVP

22. De NVP heeft sinds ten minste 1998 actief deelgenomen aan de totstandkoming van de voornoemde afspraken en heeft de adviestarieven voor psychotherapie aan haar leden gecommuniceerd via haar nieuwsbrief en Internet.¹¹

NVVP

23. De NVVP heeft sinds ten minste 1998 actief deelgenomen aan de totstandkoming van de voornoemde afspraken en heeft de adviestarieven voor psychotherapie aan haar leden gecommuniceerd via de algemene ledenvergadering, via correspondentie aan de leden, alsmede via publicaties en haar website.¹²

LVE

24. De LVE heeft voor de jaren 1998 tot en met 2001 adviestarieven voor eerstelijns psychologische zorg verstrekt aan haar leden. Het bestaan van deze adviestarieven blijkt uit een e-mail van 27 februari 2002 en volgt uit een aantal publicaties van de LVE. Voor de jaren 2002 en 2003 heeft de LVE een rekenvoorbeeld gegeven, dat uitkomt op een specifiek tarief. De wijziging van een adviestarief in een rekenvoorbeeld werd ook aan de leden gecommuniceerd.¹³

4.3 Inbreuk op art. 6 Mededingingswet

4.3.1 Toepasselijk recht

4.3.1.1 Toepasselijkheid van het mededingingsrecht op vrijgevestigde psychotherapeuten en psychologen

25. In het besluit stelt de *d-g NMa* dat de activiteiten ten aanzien waarvan de prijsadviezen zijn gegeven niet onderhevig zijn aan prijsregulering van overheidswege, zodat prijsconcurrentie hier in beginsel mogelijk is. Wel wordt het aanbod van psychologische diensten beperkt gereguleerd door middel van het formuleren van een deskundigheidsgebied en het opstellen van opleidingseisen (Wet Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg). Daarentegen worden vrijgevestigde psychotherapeuten en psychologen in hun tariefstelling niet door de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG) geraakt. Er bestaat een zekere mate van overlap tussen de verschillende aanbieders van

⁹ Besluit randnrs. 45-48.

¹⁰ Besluit randnrs. 49-54.

¹¹ Besluit randnrs. 63-67.

¹² Besluit randnrs. 68-72.

¹³ Besluit randnrs. 55-62.

psychologische diensten. De d-g NMa stelt in het besluit vast dat de aanbieders van psychologische diensten de keuze van de cliënt kunnen beïnvloeden.¹⁴

26. De NVVP stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa in het besluit ten onrechte voorbij gaat aan het gegeven dat de zorgmarkt geen 'gewone' markt is. Het drieluik van de Ziekenfondswet/AWBZ, de WTG en de Wet ziekenhuisvoorzieningen maakte marktwerking feitelijk onmogelijk. Pas in 2004 is door de Minister van VWS besloten in de geestelijke gezondheidszorg op marktwerking aan te sturen en als eerste bij de psychotherapeuten te experimenteren. Ter adstructie hiervan legt de NVVP een brief van de Minister van VWS over.¹⁵ Daarbij tekent de NVVP aan dat ook vrijgevestigde psychotherapeuten voor een groot deel werkzaam zijn binnen de AWBZ-markt. Ter adstructie wijst de NVVP eveneens op literatuur en de richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa.¹⁶ Door de Mw vanaf 1 januari 1998 toe te passen op de zorgsector gaat de d-g NMa aan voorstaande voorbij, hetgeen volgens de NVVP strijd oplevert met de beginselen van zorgvuldigheid en rechtszekerheid.

27. Het NIP en de NVVP stellen zich op het standpunt dat de prijs en het tarief geen criterium vormen voor concurrentie. Niet het prijsaspect, maar de persoonlijke concurrentie is essentieel. Bovendien wordt de keuze voor de dienstverlener doorgaans gemaakt door de verwijzer (huisarts) en niet de betaler (verzekeraar, werkgever, gemeente, cliënt). De stelling van de d-g NMa dat prijsconcurrentie in beginsel mogelijk is, miskent die realiteit. De stelling dat aanbieders van psychologische zorg de keuze van hun cliënt kunnen beïnvloeden is volgens hen onjuist en niet onderbouwd.

Beoordeling

28. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat deze bezwaren dienen te worden verworpen. Zoals de d-g NMa terecht vaststelt, zijn de tarieven voor de vrijgevestigde psychologen en psychotherapeuten sinds 1992 geheel vrij. Zij vallen in beginsel onder het commune mededingingsrecht zoals dat is opgenomen in het EG-Verdrag en sinds 1998 in de Mw. Voor de zorgsector is daarop geen uitzondering gecreëerd. Uit de door de NVVP overgelegde correspondentie van de Minister van VWS kan de Adviescommissie ook niet de conclusies afleiden die de NVVP daaraan verbindt. Ook uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de d-g NMa en uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG dient de conclusie te worden getrokken dat het mededingingsrecht van toepassing is op de vrijgevestigde dienstverleners in de zorgsector.¹⁷

29. Los van voorgaande overwegingen kan de stelling van bezwaarden dat de mogelijkheid voor marktwerking in de zorg beperkt is vanwege het gestelde marktfalen of vanwege eventuele onduidelijke regelgeving, hoe dan ook geen rechtvaardiging vormen voor het verdergaand uitschakelen van die marktwerking door (markt)partijen zelf.

¹⁴ Besluit randnrs. 23-36.

¹⁵ Prismanr. 147, bijlage 2, Brief van de Minister van VWS aan het NVVP d.d. 4 juni 2004.

¹⁶ Stscrt. 25 oktober 2002.

¹⁷ Zie o.m. Commissiebeschikking, 30 januari 1995, Coapi; HvJ EG, arrest van 12 september 2000, zaak C-180/98 tot en met C-184/98, Pavlov; d-g NMa, besluit van 11 april 2001, zaak 537 LHV; d-g NMa, besluit van 1 maart 2000, zaak 1131, 1151 en 1250 Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen.

4.3.1.2 Toepasselijkheid van de Mededingingswet op de gedragingen

30. In het besluit verwijt de *d-g NMa* het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP met ingang van 1 januari 1998 (inwerkingtreding) gedurende een aantal jaren de Mw te hebben overtreden door besluiten van ondernemersverenigingen die de mededinging beperken.

31. De LVE stelt zich op het standpunt dat de Mw met ingang van 1998 van toepassing is. Een advies dat vóór 1 januari 1998 is gegeven (i.c. laatste maanden 1997) kan naar haar opvatting – anders dan bijvoorbeeld een voortdurende overeenkomst – dan ook niet onder de Mw worden beoordeeld. Het advies over 1998 kan dus niet worden beboet.

Beoordeling

32. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient dit bezwaar te worden verworpen. Het mededingingsrecht gaat uit van de effectleer. Deze leer houdt mede in dat afspraken die voortduren nadat de Mw van kracht is geworden, eveneens onder het bereik van de Mw vallen vanaf de datum van het van toepassing worden van die wet. Aangezien niet is aangetoond dat de besluiten die betrekking hebben op 1998 zijn ingetrokken, is de Mw ook van toepassing op het besluit met betrekking tot 1998.

4.3.2 Ondernemersvereniging

33. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat de bezwaarden ondernemersverenigingen zijn in de zin van art. 1, sub g, Mw, aangezien hun leden ondernemingen zijn in de zin van art. 1, sub f Mw.

34. De NVP stelt zich op het standpunt dat zij niet als ondernemersvereniging in de zin van art 1, sub g, Mw kan worden beschouwd, hetgeen uit de statuten zou blijken, omdat een aanzienlijk deel van haar leden in loondienst is en derhalve niet als onderneming kan worden aangemerkt.

Beoordeling

35. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient dit bezwaar te worden verworpen. Met de *d-g NMa* stelt de Adviescommissie vast dat een ondernemersvereniging in de zin van art. 1, sub g, Mw jo art. 81, eerste lid, EG een organisatie is die een aantal ondernemingen verenigt.¹⁸ Niet vereist is dat alle leden van de vereniging ondernemingen zijn. Zelfs al werkt een aantal leden van de NVP in loondienst, een aantal van de leden van het NVP is vrijgevestigd psychotherapeut, welke als onderneming in de zin van art. 1, sub f, Mw dienen te worden aangemerkt. Zij verrichten duurzaam diensten tegen vergoeding, hetgeen als economische activiteit en daarmee als ondernemingsactiviteit kwalificeert in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie EG.¹⁹ De *d-g NMa* heeft de NVP derhalve met recht kunnen aanmerken als ondernemersvereniging in de zin van art 1, sub g, Mw.

¹⁸ Zie ook de Memorie van Toelichting bij de Mw, kamerstukken 24707, nr. 3, p. 58.

¹⁹ Zie onder meer HvJ EG, arrest van 16 juni 1987 zaak 118/85, Cie.-Italië; HvJ EG, arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner; HvJ EG, arrest van 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters.

4.3.3 Besluit van een ondernemersvereniging

Overwegingen van de d-g NMa

36. In het besluit overweegt de d-g NMa:²⁰

'94. 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 betrokken partijen een bepaalde afspraak juridisch gezien karakteriseren. 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 een vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren.²¹ Ook wanneer het besluit van de ondernemersvereniging wordt gepresenteerd als een 'vrijblijvende aanbeveling'.²² Om onder het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' te vallen is een formeel besluit evenmin 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 brengen.²³

37. Naar het oordeel van de d-g NMa vormen de onder paragraaf 4.2 genoemde gedragingen besluiten van ondernemersverenigingen, hetgeen de d-g NMa onderbouwt met de navolgende feiten en omstandigheden.²⁴

- Het breed en regelmatig verspreiden van de adviezen door partijen brengt mee dat zij in staat zijn het gedrag van hun leden te coördineren en derhalve invloed hebben op de prijsstelling op de markt.²⁵ Bovendien kan er van worden uitgegaan dat de leden de adviezen opvolgen, althans dat de tarieven bij de individuele prijsstelling van een lid een belangrijk ijkpunt zullen vormen. Voor de kwalificatie is niet doorslaggevend in hoeverre de leden de adviezen hebben opgevolgd en of de leden al dan niet zijn gedwongen de adviezen op te volgen en evenmin of dat is gecontroleerd.²⁶
- Het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP zijn als gezaghebbende brancheorganisaties te beschouwen. Het effect van hun gedragingen onder de leden moet niet worden onderschat.²⁷
- De leden hebben een gemeenschappelijk commercieel belang om hun gedragingen te coördineren en de adviezen op te volgen.

²⁰ Besluit, randnr. 94.

²¹ Zie o.a. het arrest HvJEG van 8 november 1983, Navewa, r.o. 20, arrest HvJEG van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer, zaak 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 32, en de beschikking EC van 5 juni 1996, FENEX, Pb. 1996 L 181/28, randnummers 41-42.

²² In het arrest HvJEG van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer, zaak 45/85, bevestigde het Hof dat een aanbeveling, zelfs ondanks de aanduiding van 'vrijblijvend', het karakter van een besluit van een ondernemersvereniging kan hebben (r.o. 26-32).

²³ Zie o.a. het arrest HvJEG van 15 mei 1975, Frubo, Jur. 1975, p. 563 en het arrest HvJEG van 29 oktober 1980, Van Landewyck, r.o. 88.

²⁴ Besluit randnrs. 95-101.

²⁵ Commissiebeschikking van 12 december 1988, Net Book Agreements; Commissiebeschikking van 5 juni 1996, Fenex.

²⁶ NMa Besluit van 13 november 2003, Bovag-NCBRM.

²⁷ Commissiebeschikking Net Book Agreement, reeds aangehaald.

- De adviestarieven voor de psychotherapie worden in het kader van het Platform Psychotherapie vastgesteld, waarbij is afgesproken het gezamenlijk gedragen adviestarief te hanteren.
- De inspanningen van de verenigingen om in het kader van het Platform Psychotherapie tot één gezamenlijk adviestarief te komen.

38. Voor ieder van de afzonderlijke verenigingen voert de d-g NMa vervolgens voor de betreffende jaren aanvullende argumenten aan ter onderbouwing van de vaststelling dat de prijsadviezen de uitingen zijn van de wil van de afzonderlijke verenigingen om het prijsgedrag van hun leden te regelen of te coördineren. Deze argumenten betreffen de feitelijke verspreiding van de adviezen zoals die blijkt uit correspondentie, notulen van vergaderingen en (elektronische) publicaties.²⁸

Bezwaren

39. Het NIP stelt zich op het standpunt dat het eerst vanaf september 2000 adviestarieven in een brochure heeft opgenomen en acht daarmee geen bewijzen aanwezig voor de periode vanaf 1 januari 1998. Het NIP stelt zich eveneens op het standpunt dat er geen sprake was van een wil tot coördineren van het gedrag van de leden. Zo verlenen de statuten van het NIP aan het NIP niet de bevoegdheid om het gedrag van de leden op het gebied van onderlinge concurrentie te coördineren. De leden van het NIP hebben daarbij ook geen belang. De adviestarieven waren uitsluitend bedoeld als service aan (beginnend) psychologen en psychotherapeuten en potentiële patiënten. Volgens het NIP kan de d-g NMa niet aan het feit dat tarieven een element van concurrentie zouden vormen tussen de leden van het NIP, de conclusie verbinden dat de leden van het NIP een gemeenschappelijk commercieel belang hebben om hun gedragingen te coördineren en de adviezen op te volgen in de zin van de zaak *Net Book Agreement*.²⁹ Er was ook geen specifieke aanleiding tot verhoging van de tarieven. Het NIP stelt tevens dat de adviesprijzen elk dwingend karakter ontberen en dat het de adviestarieven niet systematisch aan haar leden heeft bekendgemaakt. Er was geen sprake van een breed en regelmatig verspreiden van adviestarieven. Evenmin was sprake van een sanctiesysteem. De door de d-g NMa geciteerde passage uit een vergadering van een orgaan van de vereniging ziet er volgens het NIP niet op om tot afstemming tussen de leden van het NIP te komen teneinde concurrentie te voorkomen, maar op een brede afstemming tussen de brancheverenigingen. De passage ziet op het streven van het NIP om dezelfde adviestarieven te hanteren als de LVE, de NVP en de NVVP.

40. De LVE stelt zich op het standpunt dat voor het tarief over 1998 niet is aangetoond dat er door de LVE een adviestarief is vastgesteld dat aan de leden bekend is gemaakt. Ten eerste is er sprake van twee tarieven, over de verhouding waarvan niets wordt gezegd. Ten tweede heeft de d-g NMa volgens de LVE niet aangetoond hoe de coördinatie heeft plaatsgehad. Ook voor de jaren 1999 en 2000 heeft de d-g NMa volgens de LVE geen bewijs geleverd voor het bestaan van een adviestarief en voor de communicatie daarvan aan de leden. Met betrekking tot het advies voor 2001 geldt volgens de LVE dat de formulering van het advies neutraal van aard is en niet dwingend. De LVE stelt zich voor 2002 en 2003 op het standpunt dat de advisering een vrijblijvende

²⁸ Besluit, randnrs. 102-121.

²⁹ Reeds aangehaald.

is. Voor die jaren wordt steeds gesproken over een rekenvoorbeeld en niet over een adviesprijs, wat niet slechts een terminologische wijziging zou zijn. De term 'norm-tarief' bij het rekenvoorbeeld, waarnaar de d-g NMa verwijst, betekent slechts (neutraal) 'uitgangspunt' bij de berekening. Ook de doelstelling uit de statuten 'het bevorderen van een adequate honorering van de leden' doet daaraan niet af. Het citaat van de website kan ten slotte evenmin als bewijs gelden, omdat de website op cliënten is gericht en niet op LVE-leden.³⁰ Volgens de LVE dient het informeren van cliënten in een moeilijke en ondoorzichtige markt als taak van een beroepsorganisatie te worden gezien. Volgens de LVE was het in de jaren voor 1998 gebruikelijk dat beroepsorganisaties hun leden adviseerden over de te hanteren tarieven. Dat leden die praktijk niet hebben veranderd kan aan de verenigingen niet worden aangerekend. Ook kunnen verwijzingen van anderen naar de website van een ondernemersvereniging deze laatste niet worden aangerekend.

41. De NVP stelt zich op het standpunt dat prijsafspraken van twee kanten worden gemaakt en dat daarvan in casu geen sprake was. De NVP heeft ook niet beoogd de tarieven te coördineren. Zij heeft de nakoming ervan niet gecontroleerd en er stonden geen sancties op niet-nakomen.

42. De NVVP stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van een besluit gericht op het coördineren van het gedrag van de leden. De NVVP stelt zich op het standpunt dat zij nooit het doel heeft gehad om dwingende tarieven op te leggen of de concurrentie te beperken. De advisering was slechts bedoeld als dienstverlening aan de leden, voor wie het ondoenlijk is om dat zelf te doen, gezien de vele kostenfactoren. Er is geen sprake geweest van dwingende adviezen, maar van openlijke dienstverlening. De NVVP heeft naar het zelf stelt geen eigen belang bij de gewraakte advisering.

Beoordeling

43. De bovenvermelde bezwaren concentreren zich op de toepassing door de d-g NMa van de jurisprudentie over besluiten van een ondernemersvereniging, op de uitlegging van de feitelijke gedragingen van bezwaarden en op een deel van de bewijsvoering. Naar het oordeel van de Adviescommissie dienen deze bezwaren te worden verworpen.

44. Een handeling die wordt bestempeld als aanbeveling, ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd, kan als besluit van een ondernemersvereniging in de zin van art. 6, eerste lid, Mw worden aangemerkt, indien de aanbeveling de getrouwe weergave vormt van de wil van de betrokken verenigingen om het gedrag van hun leden op de markt overeenkomstig deze aanbeveling te coördineren.³¹ Deze intentie dient uit de omstandigheden te worden afgeleid.³² Tot deze omstandigheden kunnen bijvoorbeeld behoren het breed en regelmatig verspreiden van de adviezen, en tevens het ter beschikking stellen van modelcontracten waarin de tarieven zijn opgenomen.³³ Het is daarbij niet doorslaggevend in hoeverre de leden de adviezen daadwerkelijk hebben opgevolgd. Niet vereist is dat de leden daarbij werden gecontroleerd of daarbij zijn

³⁰ Besluit, randnr. 114. Prismanr. 3309/20, bijlage.

³¹ HvJ EG, Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald, RO 32; Commissiebeschikking van 24 juni 2004, Ereloonregeling Belgische Architecten, randnr. 64.

³² Commissiebeschikking van 24 juni 2004, Ereloonregeling Belgische Architecten, randnr. 66.

³³ Ereloonregeling Belgische Architecten, randnr. 72.

gedwongen met behulp van een sanctiemechanisme om de adviezen op te volgen.³⁴ Evenmin is vereist dat de ondernemersvereniging bevoegd is krachtens haar statuten een dergelijk besluit te nemen.³⁵ Indien van dergelijke omstandigheden wel sprake is, vormt zulks evenwel een bijzonder duidelijke aanwijzing voor een dergelijke wil tot coördinatie.

45. De Adviescommissie is van oordeel dat de in het besluit in randnummers 94 tot en met 121 genoemde feiten en omstandigheden, betreffende de gedragingen van het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP, op voldoende aannemelijke en overtuigende wijze de intentie van deze ondernemersverenigingen weergeven het gedrag van de leden te coördineren overeenkomstig de aanbevelingen. De argumenten die door bezwaardes hiertegen zijn aangevoerd overtuigen daarentegen niet of zijn onvoldoende geadstrueerd. De argumenten die zien op het ontbreken van een dwingend karakter, op de neutrale bewoordingen waarin de adviezen zouden zijn gesteld, alsmede de stelling dat de verenigingen niet beschikken over de statutaire bevoegdheid om besluiten te nemen, kunnen om reeds hiervoor vermelde redenen niet slagen. Ook de bezwaren dat de adviezen een ander doel hebben dan het gedrag te beïnvloeden of met name als service aan de leden zijn bedoeld, acht de Adviescommissie niet overtuigend, evenmin als de tegenwerping dat de advisering in alle openheid zou hebben plaatsgevonden en – wat daarvan ook zij – er geen eigen belang zou zijn voor de betrokken ondernemersvereniging.

46. De bezwaren van het NIP en de LVE die zich richten op de bewijsvoering voor een deel van de gedragingen dienen naar het oordeel van de Adviescommissie eveneens te worden verworpen. De feiten en omstandigheden, zoals die door de d-g NMa in het besluit zijn weergegeven, maken het voldoende aannemelijk dat ook in de jaren 1998 tot en met 2000 door het NIP en de LVE (al dan niet gezamenlijk met anderen) tot adviestarieven is besloten en dat deze vervolgens gedurende de in het bestreden besluit vastgestelde periodes zijn gehanteerd en op enigerlei wijze aan de leden zijn gecommuniceerd.

47. De in het besluit genoemde bijlage bij een uitnodiging voor het Platform Psychotherapie,³⁶ de brief van het NIP³⁷ en de e-mail van de LVE,³⁸ alsmede de verwijzing naar de wijziging van het tarief door de ALV in de LVE-nieuwsbrief³⁹ tonen het bestaan van door de beide bezwaardes opgestelde adviestarieven voor 1998 tot en met 2000 naar het oordeel van de Adviescommissie op overtuigende wijze aan. Voor de vaststelling dat sprake is van adviezen van ondernemersverenigingen met de intentie om het gedrag van de leden op de markt te beïnvloeden, is communicatie van deze adviezen naar de leden echter wel vereist. Indien blijkt dat de inhoud ervan bekend is bij de leden, behoeft naar het oordeel van de Adviescommissie niet te worden aangetoond hoe deze communicatie daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Het gegeven dat de d-g NMa ten

³⁴ Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald, randnr. 30; Ereloonregeling Belgische Architecten, randnr. 70.

³⁵ Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald, randnr. 31.

³⁶ Bijlage bij de uitnodiging d.d. 9 december 1999 voor de vergadering van 15 december 1999, dossierstuk 10002056.

³⁷ Brief van 2 juli 2001 van het NIP aan de NVVP, dossierstuk 10002054.

³⁸ E-mail van de LVE van 27 februari 2002, dossierstuk 10003608.

³⁹ Nieuwsbrief, dossierstuk 10003632.

aanzien van het NIP en de LVE niet voor ieder van deze jaren *in concreto* heeft aangetoond hoe de vastgestelde adviestarieven door de beide ondernemersverenigingen aan hun leden werden gecommuniceerd, doet in het voorliggende geval (naar het oordeel van de Adviescommissie) dan ook niet af aan de vaststelling dat wel sprake was van aan de leden gecommuniceerde adviestarieven. De opmerking in voornoemde e-mail van de LVE dat niet de LVE, maar het NIP de tarieven publiceerde in de jaren voorafgaand aan 2002,⁴⁰ alsmede het feit dat gesproken wordt over een “aanpassing” door de ALV van november 1999 van de adviestarieven leiden tot een voldoende onderbouwing van de bekendheid van zowel LVE-leden als NIP-leden met de toepasselijke adviestarieven. Ook het verzoek van de leden aan het NIP om met een nieuw adviestarief te komen, wijst op een dergelijke praktijk.⁴¹ De betekenis die aan deze mails kan worden toegekend, is door de NIP (naar het oordeel van de Adviescommissie) onvoldoende ontkracht. Tenslotte hebben het NIP en de LVE (naar het oordeel van de Adviescommissie) evenmin op afdoende wijze kunnen aantonen met welk doel de adviestarieven dan wel zouden zijn opgesteld. Zoals de d-g NMa terecht vaststelt, worden adviestarieven doorgaans niet vastgesteld om geheim te worden gehouden.

48. De bezwaren van de LVE met betrekking tot het rekenvoorbeeld dienen naar het oordeel van de Adviescommissie te worden verworpen. Een concreet tarief in combinatie met een rekenvoorbeeld kan op gelijke wijze als een adviestarief leden ertoe aanzetten hun tarieven hieraan aan te passen. Het tarief dient dan ook naar het oordeel van de Adviescommissie te worden opgevat als een advies, dat er op is gericht het gedrag van de leden op de markt conform het advies te coördineren.⁴² De stelling dat dit tarief slechts bedoeld is voor cliënten acht de Adviescommissie onvoldoende aannemelijk mede in het licht van de uitlatingen van een bestuurslid van de LVE en de publicatie van het tarief op de website van de LVE.⁴³

49. Om voorgaande redenen is naar het oordeel van de Adviescommissie sprake van adviezen die de getrouwe weergave vormen van de wil van ieder van de ondernemersverenigingen om het gedrag van hun respectievelijke leden op de markt overeenkomstig die adviezen te coördineren en is derhalve sprake van besluiten van een ondernemersvereniging in de zin van art. 6, eerste lid, Mw, gedurende de in het besluit genoemde perioden.

4.3.4 Mededingingsbeperking en Merkbaarheid

4.3.4.1 Mededingingsbeperking

50. In het besluit stelt de *d-g NMa* onder verwijzing naar Europese en nationale jurisprudentie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie vast, dat de voormelde besluiten van ondernemersverenigingen als adviestarieven naar hun aard de mededinging beïnvloeden.⁴⁴ Vanwege dat karakter is het voor de beoordeling niet noodzakelijk onderzoek naar de concrete gevolgen te verrichten en is het evenmin

⁴⁰ E-mail van de LVE van 27 februari 2002, dossierstuk 10003608.

⁴¹ Dossierstukken 10004019 en 10004033.

⁴² Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, reeds aangehaald, randnrs. 54-56.

⁴³ Besluit randnrs. 113-114.

⁴⁴ Besluit, randnrs. 122-124. De *d-g NMa* verwijst daarbij ook naar de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, reeds aangehaald.

noodzakelijk dat wordt ingegaan op de concrete situatie waarin bedoelde adviezen mogelijk effect sorteren. Onderzoek naar en afbakening van de relevante markt kan achterwege blijven.⁴⁵

51. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de verwijzingen naar rechtspraak van het HvJ EG en beschikkingen van de Commissie, alsmede naar uitspraken van nationale rechters als van de onderhavige casus feitelijk afwijkend of als niet relevant beschouwd dienen te worden.⁴⁶ De besluiten of overeenkomsten in die zaken gingen volgens bezwaarden aanzienlijk verder en betroffen veelal geen adviestarieven maar rechtstreekse overeenkomsten tussen concurrenten. Bezwaarden stellen zich tevens op het standpunt dat adviezen van ondernemersverenigingen die betrekking hebben op (onderdelen van) prijzen niet (altijd reeds) naar hun aard mededingingsbeperkend zijn. Ook een rekenvoorbeeld met concrete cijfers zou niet automatisch een mededingingsbeperkende werking hebben. Volgens hen is evenmin aangetoond de algemene stelling dat de adviestarieven de leden van de ondernemersvereniging in staat zouden stellen om met een redelijke mate van zekerheid te voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen. Daarnaast kunnen adviezen van een beroepsorganisatie volgens bezwaarden niet op een lijn worden gesteld met afspraken die zien op tarieven. De Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven zouden dan ook geen steun vinden in de jurisprudentie voor wat betreft het oordeel dat besluiten van ondernemersverenigingen die betrekking hebben op prijzen en tarieven, al dan niet met behulp van calculatieschema's er toe strekken de mededinging te beperken. Een van de bezwaarden stelt zich op het standpunt dat met betrekking tot adviestarieven de richtsnoeren voor de zorg en de informatieverstrekking van de NMa niet helder zijn. Een verwijzing naar de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven volstaat niet.⁴⁷

52. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat als relevante factoren dienen te worden beoordeeld, de inhoud van een besluit, de daarmee nagestreefde objectieve doeleinden, de juridische en economische context en het gedrag van partijen.⁴⁸ De d-g NMa heeft volgens bezwaarden deze factoren in onderhavige zaak onjuist beoordeeld. Daarbij zou de d-g NMa een onderzoek naar de feiten en specifieke omstandigheden achterwege hebben gelaten. De elementen die in de *Belgische Architecten*-zaak juist doorslaggevend waren voor de vaststelling van het objectieve doel van de mededingingsbeperking doen zich niet voor. Volgens bezwaarden hadden de adviezen niet tot doel de mededinging te beperken. De adviestarieven waren bedoeld voor (met name beginnende) beroepsbeoefenaren en hun cliënten. Zij boden tevens enige richting aan het door vrij gevestigde psychotherapeuten zelf te bepalen tarief, ingeval er geen AWBZ-vergoeding was. De adviestarieven zouden overeenkomen met tarieven voor gelijke diensten die wel vergoed worden conform AWBZ en WTG. De NVP stelt daarover dat een duidelijk hoger tariefvoorstel dan het AWBZ-tarief in januari 2003 van

⁴⁵ Besluit, randnr. 125.

⁴⁶ HvJ EG, VCH, reeds aangehaald; HvJ EG Van Landewyck, reeds aangehaald; HvJ EG, Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald; HvJ EG, Fenex, reeds aangehaald; Commissiebeschikking en arrest GvEA Kraanverhuurbedrijven, reeds aangehaald; Commissiebeschikking Fedetab, Pb. 1978, L 224/29; Commissiebeschikking Polypropyleen, Pb. 1986, L 230/1; Commissiebeschikking Veerdienstmaatschappijen Pb. 1997, L 26/23; Rb. Rotterdam, COV, reeds aangehaald.

⁴⁷ Stscr. 8 juni 2001.

⁴⁸ Commissiebeschikking 24 juni 2004, Ereloonregeling Belgische Architecten, randnr. 80.

de NVP geen goedkeuring heeft gekregen. De wijze van bekendmaking was niet gericht op alle leden en was ook niet gericht op het stimuleren of afdwingen van navolging, hetgeen zou moeten worden meegewogen. De hoogte van het tarief speelt geen rol als concurrentieparameter. Daarnaast zou ook de subjectieve wil een relevante factor vormen.⁴⁹ Ten slotte zouden de leden niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de adviesprijzen wat zou blijken uit de beperkte bekendheid met de adviesprijzen, en het feit dat de adviesprijzen niet worden opgevolgd.

Beoordeling

53. De Adviescommissie is van oordeel dat deze bezwaren dienen te worden verworpen. In navolging van de Commissie kan worden vastgesteld dat aanbevolen prijzen niet telkens automatisch tot een inbreuk op art. 81 EG of art. 6, eerste lid, Mw leiden.⁵⁰ De Commissie doelt hiermee bijvoorbeeld op een situatie waarin achteraf door opdrachtgevers en door hoven en rechtbanken vragen kunnen worden gesteld aan een beroepsorganisatie in geval van betwisting van het niveau van in rekening gebrachte erelonen. De Commissie stelt daarbij expliciet vast dat de tarieven in geen geval (in het betreffende geval erelonen) vooraf mogen worden geharmoniseerd.⁵¹

54. De beoordeling van het mededingingsbeperkende karakter van een besluit van een ondernemersvereniging geschiedt met behulp van factoren, waarnaar bezwaarden verwijzen, welke tevens door de Commissie worden gehanteerd.⁵² Deze factoren omvatten met name de inhoud van het besluit, de daarmee nagestreefde objectieve doeleinden, de juridische en economische context en het gedrag van partijen.⁵³ Niet wordt voorgeschreven dat aan al deze criteria wordt getoetst en toetsing behoeft daar evenmin toe beperkt te blijven.⁵⁴ Zo vormen bewijzen voor de subjectieve wil van partijen de mededinging te beperken een relevante factor, doch geen noodzakelijke voorwaarde.⁵⁵

55. Ten aanzien van de inhoud van het besluit en de objectieve doeleinden die ermee worden nagestreefd, stelt de Adviescommissie vast dat de besluiten gericht zijn op advisering van de leden ten aanzien van te hanteren prijzen. Dit blijkt uit de gedragingen welke zijn beschreven in paragraaf 4.2 en onderbouwd met behulp van onder meer de daargenoemde dossierstukken, en welke (naar het oordeel van de Adviescommissie) onvoldoende zijn weersproken door bezwaarden. Naar het oordeel van de Adviescommissie kunnen deze besluiten op basis van het dossier niet anders worden beoordeeld dan dat zij zijn ingegeven vanuit de gedachte om de leden te bewegen een bepaalde prijszetting te hanteren.

56. Zoals de d-g NMa terecht vaststelt, leidt het aanbevelen van een tarief ertoe dat de mededinging ongunstig wordt beïnvloed, daar alle deelnemers hierbij met een redelijke

⁴⁹ Commissierichtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, EG, reeds aangehaald, randnr. 22.

⁵⁰ Ereloonregeling Belgische Architecten, reeds aangehaald, randnr. 77.

⁵¹ Ereloonregeling Belgische Architecten, reeds aangehaald, randnr. 87.

⁵² Reeds aangehaald, randnrs. 80 e.v.

⁵³ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, Pb. 2004, C 101/97, randnrs. 21-22.

⁵⁴ Ereloonregeling Belgische Advocaten, reeds aangehaald, randnrs. 80 en 81.

⁵⁵ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald, randnr. 22.

mate van zekerheid kunnen voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen voeren.⁵⁶ Dat geldt vooral als er sprake is van een vast tarief of van percentages. Met een dergelijk advies wordt een bodem in de markt gelegd, waarmee de concurrentie tussen marktpartijen wordt verminderd. *'Aanbevolen tarieven die door een beroepsorganisatie worden verspreid, kunnen de ondernemingen ertoe aanzetten hun tarieven hieraan aan te passen, ongeacht hun eigen kostprijs. Door een dergelijke handelwijze worden ondernemingen die de laagste kostprijzen hebben, ontmoedigd om hun prijzen te verlagen, hetgeen een kunstmatig voordeel biedt aan ondernemingen die hun productiekosten het minst beheersen. Dit gevaar is daarentegen niet verbonden aan het verspreiden van inlichtingen die het voor ondernemingen eenvoudiger maken de eigen kostprijsstructuur te berekenen en aldus zelfstandig de verkoopprijzen vast te stellen.'*⁵⁷ Dat geldt onverminderd als de betrokken ondernemersvereniging vermeldt dat vaststelling van de prijzen uiteindelijk door de leden zelf moet plaatsvinden. De stelling dat deze adviezen vrijblijvend waren en daarom de mededinging niet zouden belemmeren, miskent dat individuele ondernemingen zich met die adviezen gesterkt voelen een afweging te maken die zij binnen de normale onzekerheid op de markt niet zouden hebben gemaakt. Zoals de d-g NMa terecht heeft vastgesteld, vergroten de aanvullende omstandigheden van een sanctiemechanisme of controles slechts de voorzienbaarheid van het prijsbeleid van concurrenten welke reeds voortvloeien uit de aanbevolen prijzen op zich. Deze factoren vormen derhalve een versterkend effect op het reeds op zichzelf mededingingsbeperkende karakter van de prijsadviezen.⁵⁸ Zij vormen evenwel geen noodzakelijke voorwaarde voor de vaststelling van een mededingingsbeperkend karakter.

57. Een dergelijk advies heeft een zodanig groot potentieel om negatief uit te werken op de mededinging, dat het niet noodzakelijk is eventuele daadwerkelijke gevolgen voor de markt aan te tonen.⁵⁹ Ten slotte neemt de stelling, dat de door de ondernemersverenigingen geadviseerde prijzen in de praktijk niet zouden zijn gevolgd, nog niet weg, dat de desbetreffende besluiten van de ondernemersverenigingen wel degelijk de mededinging beoogden te beperken.⁶⁰

58. De d-g NMa concludeerde derhalve terecht dat adviestarieven ertoe strekken de mededinging te beperken.⁶¹ De door bezwaarden aangevoerde argumenten kunnen aan die conclusie naar het oordeel van de Adviescommissie niet afdoen. Voor het argument dat prijzen geen concurrentieparameter vormen tussen psychotherapeuten verwijst de Adviescommissie naar haar opmerkingen in par. 4.3.1. Voor de bezwaren dat het (subjectieve) doel van de adviestarieven niet was de mededinging te beperken, alsmede

⁵⁶ Ereloonregeling Belgische Advocaten, reeds aangehaald, randnr. 78; HvJ EG, arrest van 17 oktober 1972, zaal 8/72, VCH, RO 21.

⁵⁷ Ereloonregeling Belgische Advocaten, reeds aangehaald, randnr. 88; Commissiebeschikking 96/438/EG, FENEX, randnrs. 60-65. Besluit, randnr. 128.

⁵⁸ HvJ EG, VCH, reeds aangehaald; Commissiebeschikking, Ereloonregeling Belgische Architecten, reeds aangehaald; schriftelijke toelichting op het standpunt van de d-g NMa, 5 november 2004, randnr. 23.

⁵⁹ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald, randnr. 21.

⁶⁰ HvJ EG, arrest van 11 juni 1989, zaak 246/86, Belasco, randnr. 15. Ereloonregeling Belgische Advocaten, reeds aangehaald, randnrs. 79.

⁶¹ Besluit, randnr. 122 en de daar aangehaalde precedënten.

voor wat betreft de door bezwaarden gestelde onduidelijkheid van de richtsnoeren, verwijst de Adviescommissie naar haar opmerkingen in paragraaf 4.3.6.

4.3.4.2 Merkbaarheid

59. In het besluit stelt de *d-g NMa* vast dat de besluiten van de ondernemersverenigingen die naar hun aard de mededinging raken, daarmee ook leiden tot een merkbare mededingingsbeperking.⁶² Van een situatie als bedoeld in de zaken *Völk Vervaecke*, of *Bredase notarissen*,⁶³ waarin wegens de zwakke positie van partijen op de betrokken markt, de vastgestelde mededingingsbeperking de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden, is geen sprake. Dat blijkt uit de lidmaatschapsposities van de verenigingen onder de psychotherapeuten en psychologen in Nederland; uit het feit dat ook gezamenlijk afspraken werden gemaakt in het kader van het Platform Psychotherapie en uit de daadwerkelijke gedragingen en uitlatingen van leden. Aan de beide door het NIP en de LVE overgelegde enquêtes onder de leden dient volgens de *d-g NMa* weinig waarde te worden gehecht.

60. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de adviezen niet tot coördinatie hebben geleid. Volgens hen is de mededinging niet merkbaar beperkt. De constitutieve elementen voor de overtreding (waaronder de merkbaarheid) dienen door de *d-g NMa* te worden aangetoond. Een conclusie louter op basis van (interne) emailberichten volstaat volgens bezwaarden niet. De *d-g NMa* had de relevante markten moeten afbakenen en een onderzoek moeten doen naar de gevolgen van de adviesprijzen.

61. Ten eerste doet volgens bezwaarden de structuur van de markt de mededingingsbeperking teniet. Ten tweede tonen de door het NIP en de LVE overgelegde onderzoeksrapporten aan dat de adviezen niet werden opgevolgd en er dus geen merkbaar effect is geweest. De *d-g NMa* had daaraan niet voorbij mogen gaan. Daarmee is tevens de beperkte invloed van de ondernemersverenigingen aangetoond. In de derde plaats is volgens bezwaarden op de markten waarop de psychotherapeuten en psychologen actief zijn ook een groot aantal andere aanbieders actief, die met hen concurreren. Ook daarom is de mededingingsbeperking niet merkbaar. Ten slotte wordt door bezwaarden ook herinnerd aan de stelling van de *d-g NMa* dat het '*niet onaannemelijk is dat de negatieve economische impact van de betrokken besluiten beperkt is (geweest)*'.⁶⁴

Beoordeling

62. De Adviescommissie is van oordeel dat deze bezwaren dienen te worden verworpen. Met de *d-g NMa* dient te worden geconcludeerd dat de vaststelling dat een gedraging er toe strekt de mededinging te beperken, tot de conclusie leidt dat de merkbaarheid van de beperking in beginsel gegeven is. Om die reden is de afbakening van de relevante markten niet vereist.⁶⁵

⁶² Besluit, randnrs. 131-141.

⁶³ HvJ EG, arrest van 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk v. Vervaecke*, RO 7. Rechtbank Rotterdam, uitspraak van 18 juni 2003, MEDED 01/621-RIP, *Bredase notarissen*.

⁶⁴ Randnr. 168 van het besluit.

⁶⁵ GvEA, arrest van 15 september 1998, zaak T-374, 375, 384 en 388/94, *European Night Services*, randnr. 93-95 en 105; Commissiebeschikking, *Ereloonregeling Belgische Architecten*, reeds aangehaald, randnr. 92 e.v.

'230 [...] Daarentegen moet in het kader van de toepassing van artikel [81 EG] eventueel de relevante markt worden afgebakend om te bepalen of de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of de betrokken onderling afgestemde gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst [...]. Bijgevolg is de Commissie verplicht in een beschikking krachtens artikel [81 EG] de markt af te bakenen, wanneer zonder een dergelijke afbakening niet kan worden uitgemaakt of de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of de onderling afgestemde gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.'⁶⁶

63. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat gezien de ledenaantallen van de ondernemersverenigingen van een situatie als bedoeld in de zaken *Völk Vervaecke*, of *Bredase notarissen*,⁶⁷ waarin wegens de zwakke positie van de betrokken partijen op de betrokken markt, de vastgestelde mededingingsbeperkingen de markt slechts in zeer geringe mate kunnen beïnvloeden, geen sprake is.

64. De d-g NMa heeft derhalve op voldoende wijze aangetoond dat de mededinging merkbaar is beperkt. Ook de conclusies die de d-g NMa verbindt aan de aanwijzingen in de randnummers 134 tot en met 142 met betrekking tot het opvolgen van en maatgevend vinden van de adviestarieven door de leden komen de Adviescommissie juist voor. De beide door bezwaarden overgelegde enquêtes doen naar het oordeel van de Adviescommissie niet af aan deze conclusies. De d-g NMa heeft daaraan in het besluit ook op voldoende en inhoudelijk consistente wijze aandacht besteed. Verder doet de overweging van de d-g NMa in randnummer 168 van het besluit dat niet onaannemelijk is dat de economische impact van de betrokken besluiten beperkt is geweest niet af aan de merkbaarheid van de mededingingsbeperking vanwege het karakter van die gedraging. De Adviescommissie is daarom van oordeel dat de d-g NMa op juiste gronden heeft aangetoond dat de gedragingen merkbaar de mededinging beperken.

65. Met betrekking tot het door partijen gestelde bijzondere karakter van de markt, waarop volgens hen een volwaardige mededinging nog niet tot ontwikkeling zou zijn gekomen, stelt de Adviescommissie zich op het standpunt dat deze omstandigheid niet kan afdoen aan de kwalificatie betreffende de merkbaarheid van de gedragingen. Een dergelijke omstandigheid dient - voor zover opportuun - te worden meegewogen bij de beoordeling van de economische en juridische omstandigheden ter vaststelling van de hoogte van een eventueel op te leggen sanctie (par. 4.4.2).

4.3.5 Duur van de inbreuken

66. In het besluit stelt de d-g NMa de duur van de inbreuken vast van 1 januari 1998 tot 2 oktober 2003 voor het NIP, de LVE en de NVVP en van 1 januari 1998 tot en met december 2002 voor de NVP.⁶⁸

⁶⁶ GvEA, arrest van 6 juli 2000, zaak T-62/98, Volkswagen, randnr. 230.

⁶⁷ Reeds aangehaald, zoals o.a. nader uitgewerkt in de Commissiebekendmaking van 19 mei 2001, betreffende de herziening van de bekendmaking van 1997 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 81, lid 1 van het Verdrag vallen Pb. 2001, C-149/18.

⁶⁸ Besluit, randnrs. 144-147.

67. Het *NIP* stelt zich op het standpunt dat de NMa niet heeft aangetoond dat zij voor 22 september 2000 adviestarieven aan haar leden heeft gecommuniceerd.

68. De *LVE* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa voor 1998 tot en met 2000 niet heeft bewezen dat de Mw door is haar overtreden.

Beoordeling

69. De Adviescommissie is van oordeel dat de duur van de inbreuken correct is vastgesteld. Voor de onderbouwing verwijst de Adviescommissie naar paragraaf 4.3.3 van dit Advies. De bezwaren dienen derhalve te worden verworpen.

4.3.6 Niet-verwijtbaarheid / goede trouw / ontbreken opzet

70. De *d-g NMa* wijst het ontbreken van verwijtbaarheid en het daarmee niet opleggen van een boete af.⁶⁹ De geschonden norm blijkt duidelijk uit de wet en de - ook voor 1998 geldende - Europese beschikkingenpraktijk en jurisprudentie. De data van publicatie van de Richtsnoeren Zorg (2002) en de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven (2001) doen daaraan dan ook niet af.⁷⁰

71. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de gedragingen aan hen niet kunnen worden verweten. Bezwaarden zijn van mening dat zij nooit de intentie hebben gehad de Mw te overtreden. Evenmin kon het verbod uit de richtsnoeren voor de zorg worden afgeleid. Het zou voor de hand hebben gelegen dat de NMa in de richtsnoeren voor de zorg een overweging had gewijd aan de bij haar ongetwijfeld bekende praktijk van adviesprijzen. Een eventuele overtreding zou daarom uit onachtzaamheid en te goeder trouw zijn begaan.

Beoordeling

72. Met betrekking tot de onachtzaamheid en het ontbreken van de intentie de mededinging te beperken overweegt de Adviescommissie als volgt. Volgens vaste rechtspraak kan voor inbreuken op de mededingingsregels een sanctie worden opgelegd, indien zij opzettelijk of uit onachtzaamheid zijn gepleegd. In dat verband volstaat dat degene die de inbreuk heeft gepleegd, niet onkundig kon zijn van de omstandigheid dat door zijn handelwijze de mededinging werd beperkt.⁷¹

73. Naar het oordeel van de Adviescommissie kunnen de ondernemersverenigingen niet onkundig geweest zijn van de toepasselijkheid van de Mw op hun gedragingen. Ten eerste is er geen uitzondering in de wetgeving die een dergelijke verwachting zou rechtvaardigen. In de tweede plaats zijn er sinds de inwerkingtreding van de Mw in 1998 door de d-g NMa enkele besluiten genomen waarin vrijgevestigde zorgaanbieders en meer in het bijzonder ook eerstelijnspsychologen centraal stonden. De Adviescommissie verwijst voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht naar haar overwegingen dienaangaande in paragraaf 4.3.1. Daarnaast is het met name een taak voor

⁶⁹ Besluit, randnr. 174.

⁷⁰ Beide reeds aangehaald.

⁷¹ HvJ EG, arrest van 1 februari 1978, zaak 18/77, Miller; HvJ EG, Belasco, reeds aangehaald, RO. 40-41; Commissiebeschikking, Ereloonregeling Belgische Architecten, reeds aangehaald randnr. 123.

brancheverenigingen om de toepasselijke regelgeving ten behoeve van de leden in de gaten te houden.⁷² Ten slotte stelt de Adviescommissie op basis van de standpunten van bezwaarden tijdens de hoorzitting vast dat nadat het vestigingsbeleid van de eerstelijnspsychologen aanleiding was geweest voor de d-g NMa om een besluit te nemen de ondernemersverenigingen daarin geen aanleiding hebben gevonden eventuele andere gedragingen op mededingingsrechtelijke aspecten te (laten) onderzoeken of daartoe in contact te treden met de d-g NMa, waar dit toch op hun weg zou hebben gelegen.⁷³ Daar komt nog bij dat zowel het NIP als de LVE op de hoogte waren van het mededingingsbeperkende karakter van hun gedragingen.⁷⁴

74. Geconcludeerd kan worden dat het mogelijk ontbreken van de subjectieve wil bij enkele van de bezwaarden om de Mw te overtreden, geen overweging vormt bij de vaststelling dat sprake is van schending van de Mw.⁷⁵ Dit zou eventueel kunnen worden meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de boete (zie de overwegingen van de Adviescommissie dienaangaande in paragrafen 4.4.2 en 4.4.3.)

75. De kritiek van bezwaarden dat de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven en de Richtsnoeren voor de zorgsector onvoldoende helder zijn ten aanzien van prijsadviezen door ondernemersverenigingen (in de zorg), deelt de Adviescommissie niet. De Adviescommissie wijst in navolging van de d-g NMa op de toepasselijke passages in deze richtsnoeren.⁷⁶ Daaruit kan niet anders worden afgeleid dan dat adviesprijzen door ondernemersverenigingen in de ogen van de d-g NMa in beginsel de mededinging beperken. Zij noopten ten minste tot nader onderzoek door of in opdracht van bezwaarden dan wel tot afstemming met de d-g NMa.

76. De Adviescommissie is derhalve van oordeel dat deze bezwaren dienen te worden verworpen.

4.4 Sanctie

4.4.1 Afzien van een boete / opleggen van een symbolische boete

77. In het besluit gaat de *d-g NMa* er toe over aan de ondernemersverenigingen zowel een boete als een last onder dwangsom op te leggen. De boete wordt opgelegd vanuit het oogpunt van (speciale en generale) preventie. De d-g NMa stelt daarbij aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder gelijkheid en evenredigheid te zijn gebonden.⁷⁷

⁷² Zie tevens de schriftelijke toelichting van de d-g NMa, randnr. 12.

⁷³ Verslag van de hoorzitting p. 5-6.

⁷⁴ Zie de aanpassing van de notulen van de vergadering Algemeen bestuur sector Gezondheidszorg NIP d.d. 1 februari 2002, wegens strijd met de Mw, dossierstuk 10004038; Zie tevens de interne mail van een bestuurslid van de LVE omtrent de communicatie van de prijsaanbevelingen, dossierstuk 10003608.

⁷⁵ Bestaan daarentegen wel bewijzen voor de subjectieve wil bij partijen dan vormen die wel een relevante factor. Zie tevens paragraaf 4.3.4.1.

⁷⁶ Richtsnoeren voor de Zorgsector, randnr. 102 – gelezen in combinatie met randnr. 19 – en randnr. 129, alsmede de in deze randnummers aangehaalde beschikkingenpraktijk; Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, randnr. 25, alsmede de in dit randnummer aangehaalde beschikkingenpraktijk.

⁷⁷ Besluit, randnr. 162 en 171.

78. *Bezwaarden* stellen zich met een beroep op het evenredigheidsbeginsel op het standpunt dat de d-g NMa had kunnen volstaan met de constatering van een inbreuk en het opleggen van een last onder dwangsom. De boete zou geen redelijk doel dienen in termen van zowel speciale als generale preventie. Zo stelt een van de bezwaarden direct na vaststelling van het rapport de gedragingen te hebben gestaakt en een mailing te hebben doen uitgaan, gelijk aan die zij ook heeft verstuurd om te voldoen aan de last uit het besluit.

79. *Bezwaarden* stellen zich met een beroep op het gelijkheidsbeginsel eveneens op het standpunt dat geen boete dan wel een symbolische boete had moeten worden opgelegd. De d-g NMa had ermee rekening moeten houden dat de overtreding uit onachtzaamheid is begaan. Er is tevens geen precedent in de sector van de psychologische dienstverlening. Anders dan de Commissie in de zaak *Ereloonregeling Belgische Architecten*⁷⁸ heeft de d-g NMa geen rekening gehouden met het feit dat het in twee voorgaande vergelijkbare zaken (*ANKO* en *COV*)⁷⁹ een symbolische boete had opgelegd. In de voornoemde zaak hield de Commissie ook rekening met het feit dat de ontwikkeling naar meer concurrentie in de betrokken sector van relatief recente datum is en de sector zich in een overgangsfase bevindt. Daarenboven is er sprake van oneigenlijke concurrentie, waardoor hetzelfde product verschillend wordt gefinancierd. In de sector bestaat een op samenwerking gerichte cultuur die mede door de overheid zou zijn veroorzaakt. Ten slotte hebben de gedragingen nauwelijks invloed gehad op de markt. De financiële armslag en de middelen van de verenigingen zijn volgens bezwaarden beperkt.

Beoordeling

80. De Adviescommissie is van oordeel dat dit bezwaar dient te worden verworpen. Het opleggen van een boete is een discretionaire bevoegdheid van de d-g NMa. Indien hij vanuit het oogpunt van algemene of speciale preventie van oordeel is dat een boete op zijn plaats is kan hij tot het opleggen daarvan overgaan. De omstandigheid dat partijen direct na het verschijnen van het rapport de gedragingen staken en andere marktpartijen daarvan op de hoogte stellen, behoeft de noodzaak voor het opleggen van een boete (naar het oordeel van de Adviescommissie) niet weg te nemen. Vanuit het oogpunt van algemene en speciale preventie volstaat het niet om aan partijen alleen een last onder dwangsom op te leggen (om van partijen een handeling te verkrijgen ofwel onthouding daarvan). Anders dan een boete, heeft een last onder dwangsom slechts een (zeer) beperkte afschrikwekkende werking.

81. Naar het oordeel van de Adviescommissie dienen ook de bezwaren ten aanzien van het afzien van een boete of het opleggen van een symbolische boete op grond van gelijke behandeling te worden verworpen. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat deze over een zekere mate van beleids- en beoordelingsvrijheid beschikt bij de toepassing van zijn sanctiebevoegdheden op grond van art. 56, eerste lid, Mw. Zoals de d-g NMa onderkent, is hij als bestuursorgaan daarbij onder meer gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en

⁷⁸ Reeds aangehaald, randnr. 137.

⁷⁹ Besluit van de d-g NMa, d.d. 21 december 2001, zaak 2234 (ANKO); besluit van de d-g NMa, d.d. 30 juli 1999, zaak 234 (COV), Rb Rotterdam, 23 oktober 2001, zaak MEDED 00/910/SIMO (COV).

ongelijke gevallen ongelijk naar de mate waarin zij verschillen, behoudens objectieve rechtvaardiging.⁸⁰

'69 Volgens vaste rechtspraak wordt het beginsel van gelijke behandeling slechts geschonden wanneer vergelijkbare situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is [...]

70 Op het gebied van de bestraffing van inbreuken op de mededingingsregels vereist de eerbiediging van dit beginsel ongetwijfeld, dat aan ondernemingen die in eenzelfde periode soortgelijke inbreuken hebben gepleegd, dezelfde wettelijke sancties worden opgelegd, ongeacht de datum - die noodzakelijkerwijs zal variëren - waarop de beschikking tegen hen is gegeven. [...]

82. Op het niet bestraffen van gelijksoortige gedragingen in het verleden kan door bezwaarden in beginsel geen aanspraak worden gemaakt.⁸¹ De Adviescommissie ziet geen aanleiding in deze zaak van dat uitgangspunt af te wijken. De vergelijking met de Commissiebeschikking *Ereloonregeling Belgische Architecten* acht de Adviescommissie op dit punt niet relevant. Anders dan in deze beschikking kennelijk het geval is geweest, waren er voor de bezwaarden in onderhavige zaak duidelijke signalen geweest die aanleiding zouden hebben moeten geven om de gedragingen van de ondernemersverenigingen tegen het licht te houden. De Adviescommissie wijst daarbij op haar overwegingen in paragraaf 4.3.6. De vergelijking met de zaken *COV* en *ANKO* gaat naar het oordeel van de Adviescommissie evenmin op. Zoals de d-g NMa terecht opmerkt kon in de zaak *COV* geen boete worden opgelegd, aangezien het in die zaak om een ontheffingsaanvraag in de zin van art 17 Mw ging.⁸² Ook ten aanzien van de zaak *ANKO* wijkt onderhavige zaak op essentiële onderdelen af. De betrokken ondernemingsvereniging had zich jegens de d-g NMa verbonden terstond al de mededingingsbeperkende gedragingen, welke op eigen initiatief van de vereniging bekend werden gemaakt aan de d-g NMa, te staken.⁸³ Het beroep op de overweging uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Bredase Notarissen*, kan niet slagen. Het deel van de uitspraak waarbij de boete werd gematigd tot een symbolische boete werd juist vanwege die overweging vernietigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁸⁴ De Adviescommissie ziet geen gronden in deze zaak anders te oordelen.

83. De bezwaren die zien op het ontbreken van precedenten, op het relatief recente karakter van concurrentie in de zorgsector en de overgangsfase voor de wetgeving, alsmede op de op samenwerking gerichte, door de overheid gestimuleerde cultuur in de sector wijst de Adviescommissie eveneens af. Hierbij wordt verwezen naar de overwegingen in paragraaf 4.3.1. De bezwaren die zien op de concurrentieomstandigheden op de markt, op de mogelijk beperkte invloed van de gedragingen op de markt, alsmede op de beperkte financiële armslag van de bezwaarden vormen (naar het oordeel van de Adviescommissie) geen aanleiding om van een boete af

⁸⁰ HvJ EG, arrest van 9 juli 2003, zaak T-224/00, ADM, RO 69-70; Zie ook de schriftelijke toelichting, randnrs. 82 en 83.

⁸¹ Besluit, randnr. 154. HvJ EG, arrest van 12 juli 1979, gev. zaken 32/78 en 36-82/78, BMW Belgium, *Jur.* 1979, p. 2435, RO 53; GEA, arrest van 14 juli 1994, zaak T-77/92, Parker Pen, *Jur.* 1994, p. II-549, RO 86; Zie ook de schriftelijke toelichting randnr. 84.

⁸² Schriftelijke toelichting, randnr. 88.

⁸³ Schriftelijke toelichting, randnr. 88.

⁸⁴ CBB, uitspraak van 12 maart 2004, AWB 03/916 en 03/946 9500, Bredase Notarissen, overweging 6.3.

te zien of om een symbolische boete op te leggen. Deze bezwaren worden verder besproken bij de bezwaren ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete in paragraaf 4.4.2.

84. Om deze redenen komt het de Adviescommissie voor dat de d-g NMa door het niet afzien van het opleggen van een boete en door het niet opleggen van een symbolische boete niet onredelijk of onevenredig, dan wel in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld.

4.4.2 Berekening van de hoogte van de boete

85. De *d-g NMa* heeft in zijn besluit verschillende argumenten bij de vaststelling van de hoogte van de boete in aanmerking genomen.⁸⁵ Daarbij is het niet-bindende karakter van de adviesprijzen en het ontbreken van een sanctiemechanisme meegewogen. Ook is meegewogen het feit dat de leden geen individuele rol van betekenis kan worden toegeschreven en dat niet is gebleken dat de ondernemersverenigingen zouden functioneren als forum voor met het kartelverbod strijdige afstemmingen. Tevens is bij de bepaling van de ernst van de overtreding de economische context meegewogen waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. Daarbij acht de d-g NMa het niet onaannemelijk dat de negatieve economische impact van de betrokken besluiten beperkt is geweest. In het geval van toepassing van de boeterichtsnoeren zou de d-g NMa een rekenfactor van 0,2 aangewezen hebben geacht. Volgens de d-g NMa zou de onverkorte toepassing van die richtsnoeren echter in het onderhavige geval tot een onbillijke uitkomst leiden.⁸⁶ Met name het gegeven dat het type overtreding “zwaar” is (en niet “zeer zwaar”) en het gegeven dat de totale omzet van de leden hoog is, maar zij geen individuele rol van betekenis hebben gehad, leiden tot die conclusie. De d-g NMa acht daarom indachtig de preventieve werking en het vereiste van proportionaliteit een beperktere boete aangewezen dan ingevolge de boeterichtsnoeren zou zijn tot stand gekomen. Daarbij zijn de huidige financiële middelen van partijen geïndiceerd door de omvang van de jaarcontributie en het feit dat de brancheverenigingen rechtsreeks invloed hebben op de hoogte van de eigen financiële positie door het vaststellen van de hoogte van de jaarcontributie.

86. Het *NIP* stelt zich op het standpunt dat de hoogte van de boete in geen verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de gedraging. De veel verdergaande gedragingen in de zaak Belgische Architecten is met een veel lagere boete bestraft. Hoewel het hier regels van procesrecht betreft, verhoudt voorgaande zich niet tot het uitgangspunt dat nationaal mededingingsrecht niet strenger en niet soepeler wordt toegepast dan het EG-mededingingsrecht. Het *NIP* is daarbij van mening dat de vaststelling van de hoogte van de boete op willekeurige wijze en onvoldoende onderbouwd is gebeurd.

87. De *LVE* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa de boete ten onrechte als zwaar bestempelt. Deze zou als minder zwaar moeten worden bestempeld, mede gelet op de boeterichtsnoeren en de overweging in randnummer 168 dat er een beperkte invloed van de besluiten was. Voor *LVE* is het niet duidelijk op welke wijze de d-g NMa de boete

⁸⁵ Besluit, randnrs. 165-168.

⁸⁶ Besluit, randnrs. 170-173.

heeft vastgesteld. LVE betwist dat geen sprake is van een onbillijke boete, daar de boete 25% van haar jaarcontributie bedraagt. De LVE meent feitelijk te zijn beboet op basis van de omzet van haar leden, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest, en stelt dat zij slechts tot 10 % van haar eigen omzet kan worden beboet.

88. *NVP* stelt zich op het standpunt dat de opgelegde boete onbillijk is en als gevolg daarvan de werkzaamheden en verplichtingen aan haar leden dit jaar in gevaar komen.

89. *NVVP* stelt zich op het standpunt dat de boete disproportioneel is en onvoldoende gemotiveerd. Voor zover noodzakelijk had ook met een lagere boete kunnen worden volstaan. Het is de *NVVP* niet duidelijk welke uitgangspunten de d-g NMa in acht heeft genomen bij de oplegging van de boete en zij acht de boete willekeurig. *NVVP* voert aan dat het merendeel van de vrijgevestigde psychotherapeuten (60%) parttime werkzaam is en dat het merendeel van de praktijken slechts voor een beperkt deel inkomsten uit vrije tarieven (niet AWBZ) genereert. Onduidelijk is bovendien waarop de omzetgegevens die de d-g NMa hanteert zijn gebaseerd. *NVVP* stelt dat zij als gevolg van de boete en de financiële consequenties van de last, alsmede ten gevolge van de (matige) financiële resultaten van de vereniging over 2003 een forse verhoging van de contributie zal moeten doorvoeren.

90. Het *NIP* en de *LVE* stellen zich tenslotte op het standpunt dat de NMa een kortere inbreukduur in beschouwing dient te nemen.

Beoordeling

91. De algemene overweging van de d-g NMa dat een boete evenredig moet zijn, wordt door de Adviescommissie onderschreven. De Adviescommissie is van oordeel dat de kwalificatie van de overtreding als zware overtreding een juiste is conform de boeterichtsnoeren.⁸⁷ De rekenfactor van 0,2 is evenmin een onredelijke kwalificatie. In dat opzicht komt de Adviescommissie de boete op het eerste gezicht niet voor als te hoog of onevenredig. Wel mist de Adviescommissie in de tekst die volgt op de overweging om buiten de boeterichtsnoeren om tot vaststelling van de boetebedragen te komen een coherente en logische motivering. De gehanteerde criteria van preventieve werking en proportionaliteit, tezamen met de huidige financiële middelen van partijen vormen (naar het oordeel van de Adviescommissie) een onvoldoende houvast voor een toetsing van de motivering.

92. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat de vaststelling van de hoogte van de boetes niet een wiskundige exercitie betreft. Daarbij dient de d-g NMa evenwel zoveel mogelijk inzicht te verschaffen in de gedachtegang bij de vaststelling van de hoogte. Dat geldt onverminderd in situaties waarin bij deze vaststelling van de hoogte niet zonder meer de gebruikelijke argumentatie wordt gevolgd. De d-g NMa gaf op verzoek van de Adviescommissie tijdens de hoorzitting aan hoe hij tot de hoogte van de boetebedragen is gekomen.⁸⁸

De d-g NMa stelde vast dat de vaststelling van de hoogte van de boete een zich ontwikkelend beleid is. Ten aanzien van brancheverenigingen is het moeilijk om aan te

⁸⁷ Richtsnoeren boetetoemeting, randnrs. 11-13.

⁸⁸ Verslag van de hoorzitting p. 7.

sluiten bij de Richtsnoeren boetetoemeting. Datgene dat uitgelegd kan worden, wordt ook uitgelegd. Echter, evenals in de systematiek van de Europese boeterichtsnoeren stuit hij op een soort uiterste grens waar het bepalen van de basisbedragen min of meer willekeurig is. De vaststelling van de hoogte blijft tot op zekere hoogte dan ook een intuïtieve exercitie. De d-g NMa krijgt daarin langzamerhand meer ervaring. Het uiteindelijke doel is generale en speciale preventie met de nadruk op speciale preventie. Het is daarbij juist dat generale preventie nooit kan worden nagestreefd op een manier die individuele partijen onevenredig treft. Om dat te voorkomen wordt ook uitdrukkelijk gekeken naar de financiële middelen waarover partijen beschikken, zoals contributie en het vermogen. Daarbij houdt de d-g NMa rekening met de eisen van evenredigheid. Een mathematische formule kan echter niet worden gegeven.

93. De vaststelling van de boetes in randnummer 171 van het besluit is naar het oordeel van de Adviescommissie ook in het licht van deze toelichting door de d-g NMa onvoldoende gemotiveerd. De Adviescommissie, maar vooral de adressanten van een besluit hebben behoefte aan duidelijke oriënteringspunten in de motivering van de hoogte van de afzonderlijke boetes. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa bij de vaststelling en de motivering van de hoogte van de boetes voor ieder van de beboete partijen onder meer aan te geven hoe die boetes zich onderling tot elkaar verhouden. Ook dragen op dit moment naar het oordeel van de Adviescommissie de overwegingen in de randnummers 165 tot en met 168 en de vastgestelde rekenfactor onvoldoende bij aan de motivering van de vastgestelde boetebedragen.⁸⁹ Voor zover opportuun, dient de d-g NMa ten slotte bij die motivering aandacht te besteden aan de opmerkingen van bezwaarden over het bijzondere karakter van de markt, waarop volgens hen een volwaardige mededinging nog niet tot ontwikkeling zou zijn gekomen (par. 4.3.4). De Adviescommissie adviseert de d-g NMa een dergelijke omstandigheid als een van de juridische en economische omstandigheden te betrekken in de onderbouwing van de primaire boetebedragen, zoals die zijn vastgesteld in randnummer 172 van het besluit.

94. Ten aanzien van de financiële armslag en de door het NIP gestelde financiële problematiek, indien bezwaarden daar een beroep op doen, wordt de d-g NMa – conform zijn eigen toezegging tijdens de hoorzitting – geadviseerd, bezwaarden in de gelegenheid te stellen daarover met de d-g NMa in overleg te treden.⁹⁰

4.4.3 Dubbele bestraffing

95. In het besluit zijn de boetes opgelegd aan vier ondernemersverenigingen. De d-g NMa stelde vast dat sommige leden eveneens lid zijn van een van de andere ondernemersverenigingen.⁹¹

96. Het NIP, de NVP en de NVVP stellen zich op het standpunt dat veel van hun leden tevens lid zijn van andere beboete verenigingen. Zij worden dan ook dubbel bestraft. De NMa heeft daarmee in het besluit geen rekening gehouden.

Beoordeling

97. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient dit bezwaar te worden verworpen. De boete is opgelegd aan de ondernemersverenigingen en niet aan de leden. De

⁸⁹ Besluit, randnr. 168.

⁹⁰ Verslag van de hoorzitting, p. 11.

⁹¹ Besluit, randnr. 17.

gedragingen zijn begaan door vier partijen die ieder zelfstandig actief zijn als ondernemersvereniging in deze branche. Dat leden van meerdere verenigingen lid zijn, of dat afspraken mede zijn gemaakt in het kader van een gezamenlijk overleg, doet aan het zelfstandige karakter van de onderscheiden inbreukgedragingen niet af.

4.4.4 Boeteverlagende omstandigheden

98. In het besluit ziet de *d-g NMa* geen aanleiding voor boeteverlagende of boeteverhogende omstandigheden.

99. Het *NIP* stelt zich op het standpunt dat er boeteverlagende omstandigheden zijn in de zin van randnummers 27 en 28 uit de richtsnoeren boetetoemeting.⁹² De onopzettelijkheid van de inbreuk, het niet heimelijke karakter van de gedragingen, het feit dat voor het eerst in deze sector sprake was van een overtreding, alsmede de eerst recente ontwikkelingen naar meer concurrentie in de sector dienen volgens het *NIP* te worden meegewogen. De verregaande medewerking (verder dan de wet voorschrijft) van het *NIP* zou niet zijn meegewogen. Bovendien zou het *NIP* de beweerde overtreding eigener beweging hebben stopgezet. Daarbij geldt tevens dat onvoldoende is meegewogen dat door het *NIP* geen sanctiemechanisme voor de adviestarieven werd toegepast.

Beoordeling

100. De Adviescommissie is van oordeel dat deze bezwaren moeten worden verworpen. Boeteverlagende omstandigheden zijn aan individuele ondernemingen of ondernemersverenigingen toe te schrijven gedragingen of omstandigheden. Zij zijn niet te vinden in de omstandigheden van een onduidelijke regelgeving of in de situatie op de markt. Laatstgenoemde omstandigheden worden meegewogen bij de weging van de economische en juridische context bij de vaststelling van het basisbedrag van de boete. Het ontbreken van een sanctiemechanisme is evenmin een omstandigheid die kan leiden tot een individuele boeteverlaging, maar is een omstandigheid die wordt meegewogen bij de vaststelling van de ernst van de inbreuk en de hoogte van het basisbedrag van de boete.

101. De Adviescommissie is verder uit het dossier niet gebleken van het zelfstandig beëindigen van de inbreuk door het *NIP* voorafgaand aan het verschijnen van het Rapport op 2 oktober 2003 en ook de medewerking door het *NIP* komt de Adviescommissie niet voor als verdergaand dan de wet voorschrijft. Bovendien heeft het *NIP* het bestaan van de besluiten voor 1998 tot en met 2000 steeds ontkend, waarmee niet kan worden gesteld dat het de werkzaamheden van de *d-g NMa* heeft verlicht.⁹³

4.5 Slotoverweging

102. Voor zover bezwaren van bezwaarden niet aan de orde zijn gekomen, acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

⁹² 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.

⁹³ *GvEA*, arrest van 14 juni 1998, zaak T-352/94, *Mo Osch Domsjö vs. Commissie*, randnrs. 394-395; *GvEA*, arrest van 19 maart 2003, zaak T-213/00, *CMA CGM vs. Commissie*, randnr. 304.

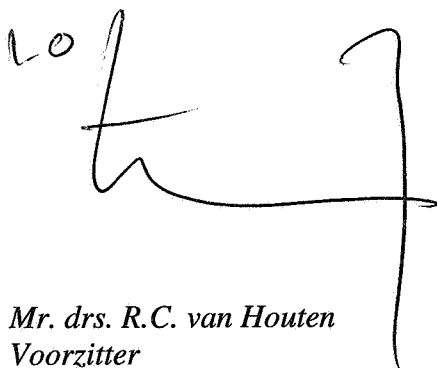
5 Conclusies en Advies

103. De Adviescommissie concludeert en adviseert de d-g NMa 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.

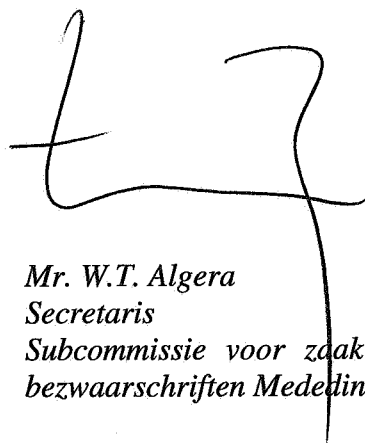
105. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa in het besluit op bezwaar de hoogte van de boetes – indachtig de overwegingen in de randnummers 91 tot en met 93 van dit Advies – nader te motiveren.

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

LO


Mr. drs. R.C. van Houten
Voorzitter

*Subcommissie voor zaak 3309/NIP, LVE, NVP en NVVP van de Adviescommissie
bezwaarschriften Mededingingswet*



Mr. W.T. Algera
Secretaris

*Subcommissie voor zaak 3309/NIP, LVE, NVP en NVVP van de Adviescommissie
bezwaarschriften Mededingingswet*