

BESLUIT

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

Nummer 2513 / 40

Betreft zaak: Landelijke Huisartsen Vereniging

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit op de bezwaren van de Landelijke Huisartsen Vereniging gericht tegen zijn besluit van 11 april 2001, met kenmerk 537/103.

I. HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1. Op 31 maart 1998 ontving de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) een aanvraag van de Landelijke Huisartsen Vereniging (hierna ook: LHV) tot ontheffing van het verbod van artikel 6 van de mededingingswet (hierna ook: Mw). De ontheffingsaanvraag is bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna ook: NMa) geregistreerd onder zaaknummer 537 en betrof de volgende regelingen:

- de Statuten van de LHV op 15 juli 1997 verleden;
- het Beleidskader Vestigingsbeleid;
- de voorbeeld-Collectieve Zorg Overeenkomst d.d. 24 november 1993 (hierna: voorbeeld-CZO);
- het Beleidskader Overeenkomsten 1996;
- het Model voor Overeenkomst voor intercollegiale waarneming;
- de Nota Bereikbaarheid en beschikbaarheid, alsmede de evaluatienota bereikbaarheid en beschikbaarheid van 15 december 1994;
- de Uitkomst van Overleg Zorgverzekeraar Huisarts (hierna: UvO).

2. [Bij besluit van 11 april 2001](#) (hierna: het bestreden besluit) wees de d-g NMa de ontheffingsaanvraag af. De aanvraag om ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw met betrekking tot de UvO is afgewezen, omdat de UvO op grond van artikel 16 Mw is vrijgesteld van het verbod van artikel 6 Mw. De aanvraag om ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw met betrekking tot de overige hierboven genoemde regelingen zijn afgewezen, omdat niet is voldaan aan de geldende ontheffingsvoorwaarden.

3. Bij brief van 17 mei 2001 heeft de LHV tijdig bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Bij brief van 11 juli 2001 heeft de LHV de bezwaargronden aangevuld.

4. Op 26 september 2001 heeft ten kantore van de NMa een hoorzitting plaatsgevonden. De LHV heeft een mondelinge toelichting gegeven op haar bezwaarschrift en een pleitnotitie overgelegd. Tevens zijn Zorgverzekeraars Nederland (hierna ook: ZN) en de individuele zorgverzekeraars in de gelegenheid gesteld hun zienswijze te geven.[1] Van de zitting is een verslag gemaakt dat aan de betrokkenen is toegezonden.

II. BEZWAARGRONDEN

5. De LHV voert in haar bezwaarschrift en ter hoorzitting kort, zakelijk en in de volgorde waarin zij zullen worden behandeld, weergegeven de volgende bezwaargronden aan.
6. De LHV is van mening dat de vaststelling door de d-g NMa van de feiten een aantal onjuistheden bevat en dat diverse bepalingen van de aangemelde regelingen op onjuiste wijze zijn genterpreteerd.
7. De LHV is van mening dat de aangemelde regelingen op grond van hetgeen bepaald is in artikel 16 Mw vrijgesteld zijn van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw. Hiertoe heeft zij aangevoerd dat alle regelingen tot stand zijn gekomen op grond van wettelijke verplichtingen.
8. Voorts voert de LHV aan dat artikel 6, eerste lid, Mw op grond van hetgeen is bepaald in artikel 11 Mw niet geldt voor de aangemelde regelingen, omdat huisartsen gezien hun spilfunctie in het stelsel van de gezondheidszorg zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang.
9. Ook indien bovengenoemde uitzonderingsgronden niet van toepassing zouden zijn, vallen de aangemelde regelingen niet onder het verbod van artikel 6 Mw. Hiertoe heeft de LHV in de eerste plaats aangevoerd dat de regelingen niet zijn aan te merken als besluiten van de ondernemersvereniging in de zin van de Mededingingswet, aangezien LHV niet bevoegd is regels vast te stellen ten aanzien van de bedrijvigheid van haar leden en zij in dat opzicht slechts algemene beleidslijnen vaststelt voor haar leden. In de tweede plaats heeft de LHV aangevoerd dat de aangemelde regelingen de mededinging niet beperken.
10. Verder stelt de LHV dat aan de ontheffingsvoorwaarden van artikel 17 Mw is voldaan. De LHV voert in dit verband aan dat het geheel van regelingen beoogt de kwaliteit van, en een verantwoorde zorgverlening door huisartsen te bevorderen en te verbeteren, dat de voordelen de concurrentiebeperkende nadelen overstijgen en dat deze beperkingen onmisbaar zijn. Wat dit laatste vereiste betreft, wijst de LHV op de onwerkbaarheid van alternatieven die worden genoemd, zoals aanbesteding en het zogenaamde messengermodel.
11. Bijzondere aandacht, zowel in de context van artikel 6 Mw als in die van artikel 17 Mw, vraagt de LHV voor de machtspositie van de zorgverzekeraars op de regionaal afgebakende markt voor huisartsenzorg en die collectief onderhandelen feitelijk afdwingt of ten minste rechtvaardigt. In het bestreden besluit is aan deze factor ten onrechte voorbijgegaan.
12. Tot slot stelt de LHV dat de haar gegunde overgangstermijn, tot 1 januari 2002, te kort is. Zij voert hiertoe aan dat er binnen de huidige structuur geen ruimte is om te onderhandelen gezien de economische machtspositie van de zorgverzekeraars, dat individuele onderhandelingen praktisch onuitvoerbaar zijn, en dat nog teveel onduidelijkheid bestaat over de richting waarin het overheidsbeleid ter zake zich zal ontwikkelen. Het rapport dat in april 2001 is uitgebracht door de commissie toekomstige financieringsstructuur huisartsenzorg (commissie-Tabaksblat) gaat bijvoorbeeld uit van collectieve onderhandelingen. Bovendien moet rekening worden gehouden met de

mogelijkheid dat de regelingen onder het bereik van artikel 16 Mw c.q. artikel 11 Mw vallen. De LHV acht verlenging tot 1 januari 2003 gerechtvaardigd.

III. ZIENSWIJZE VAN ZORGVERZEKERAARS NEDERLAND EN INDIVIDUELE ZORGVERZEKERAARS

13.ZN en de zorgverzekeraars reageren wederom kort en zakelijk weergegeven als volgt op het bezwaarschrift en het betoog ter zitting van de LHV.

14.ZN en zorgverzekeraars bestrijden dat de regels met betrekking tot de vestiging en uniformering van het aanbod en de tarieven hun rechtvaardiging vinden in wettelijke voorschriften zoals bijvoorbeeld de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) of de Kwaliteitswet zorginstellingen. De in deze wetgeving vervatte verplichtingen tot het leveren van verantwoorde kwaliteit leiden bijvoorbeeld niet per se tot de in onderhavige zaak aan de orde zijnde 15 minuten-eis. Anders dan de Nederlandse Orde van Advocaten beschikt de LHV niet over publiekrechtelijke verordeningbevoegdheden.

15.ZN en zorgverzekeraars betwisten dat partijen geen afspraken kunnen maken naast de UvO. De wettekst bepaalt dat de UvO ten hoogste de volgende bepalingen moet bevatten en ziet derhalve niet op aanvullende kwaliteitsafspraken die op basis van de Ziekenfondswet gemaakt kunnen of zelfs moeten worden. Afspraken over tarieven mogen overigens geen deel uitmaken van de UvO.

16.Voorts merken ZN en zorgverzekeraars op dat de aanspraak die verzekerden hebben op huisartsenhulp een aanspraak is in relatie tot de zorgverzekeraar, niet in relatie tot de huisarts. Een eventuele verplichting van een huisarts om zorg te verlenen aan een ziekenfondsverzekerde berust slechts op de civielrechtelijke overeenkomst tussen de huisarts en het ziekenfonds.

17.Het College Tarieven Gezondheidszorg (hierna: CTG) keurt op grond van de Wet Tarieven Gezondheidszorg (hierna: WTG) de maximumhuisartsentarieven goed, dan wel stelt deze vast. ZN en zorgverzekeraars delen de stelling van de LHV dat er veel en gedetailleerde overheidsbemoeienis is met deze maximumtarieven. Deze overheidsbemoeienis houdt echter op zodra het maximumtarief is vastgesteld. Is dit tarief eenmaal bepaald, dan is er alle vrijheid om op basis van welke argumenten dan ook en los van de richtlijnen voor de opbouw van het maximumtarief lagere tarieven overeen te komen.

18.Met betrekking tot de beweerdelijk door de zorgverzekeraars ingenomen machtspositie stellen ZN en zorgverzekeraars dat, voor zover deze al aan de orde is in het kader van de mededingingsrechtelijke beoordeling van afspraken op basis van artikel 6 Mw, de zorgverzekeraars uiterst zorgvuldig omspringen met het gelijkheidsbeginsel. Een verruiming van de mogelijkheden tot objectief gerechtvaardigde differentiatie zou worden toegejuicht. Thans stuit men bij huisartsen die om bijzondere vergoedingen vragen op de onmogelijkheid van bovenwettelijke vergoedingen en het gesloten systeem van budgettering op grond van de Ziekenfondswet, waarop het College van Toezicht op de

zorgverzekeringen toeziet.

19. Met betrekking tot het rapport van de commissie-Tabaksblat merken de zorgverzekeraars op dat noch uit dit rapport noch uit de brief van de Minister valt op te maken dat de Mededingingswet in de toekomst met betrekking tot de ondernemers in de gezondheidszorg ter zijde zal worden gesteld en dat overigens zolang zij onder de werking van de Mededingingswet vallen, zij daarmee rekening dienen te houden. De in het rapport aan de orde komende samenwerking moet worden opgevat als een verwijzing naar de maatschappen, gezondheidscentra en constructies als hoed (huisartsen onder een dak) en hagro (huisartsengroep).

20. Tot slot delen ZN en zorgverzekeraars[2] mede zich met betrekking tot de overgangstermijn te refereren aan het oordeel van de d-g NMa. Hierbij geeft men overigens aan zich zorgen te maken over mogelijke rechtsongelijkheid in het nadeel van andere groepen zorgaanbieders, aan wie niet een dergelijke overgangperiode is gegund.

IV. BEOORDELING

21. Hieronder behandelt de d-g NMa achtereenvolgens

- a. een preliminaire vraag met betrekking tot de intrekking van het vestigingsbeleid;
- b. de beweerde feitelijke onjuistheden in het bestreden besluit;
- c. de toepasselijkheid van artikel 16 Mw;
- d. de toepasselijkheid van artikel 11 Mw;
- e. de toepasselijkheid van artikel 6 Mw, met name de kwestie van de kwalificatie als besluit, de werkingssfeer van artikel 6 Mw in relatie tot kwaliteitsregelingen en de beperking van de ruimte voor mededinging als gevolg van de WTG-maximumtarieven en de schaarste aan huisartsen;
- f. de toepasselijkheid van artikel 17 Mw;
- g. het aspect van de eventuele machtspositie van zorgverzekeraars, en
- h. de gevraagde verlenging van de overgangperiode die aan de LHV is verleend.

a. Preliminaire vraag met betrekking tot de intrekking van het vestigingsbeleid

22. In randnummer 56 van het bestreden besluit wordt melding gemaakt van een brief van 27 februari 2001, waarin de LHV meedeelt dat het Beleidskader Vestigingsbeleid wordt ingetrokken en enkele andere regelingen zullen worden aangepast aan de eisen van de Mededingingswet. Uit een oogpunt van duidelijkheid voor de betrokken partijen heeft de d-g NMa op dit punt niettemin een oordeel gegeven in het bestreden besluit. Ter hoorzitting is bevestigd dat het Beleidskader door de Algemene ledenvergadering van de LHV bij besluit van 22 februari 2001 is ingetrokken, terwijl aan het vestigingsbeleid de facto al langer niet meer werd vastgehouden. Met betrekking tot de overige regelingen is formeel nog geen wijziging doorgevoerd. Dit doet de vraag rijzen of de LHV nog wel procesbelang heeft bij een heroverweging in bezwaar op het punt van het vestigingsbeleid.

23. De LHV heeft ter hoorzitting aangevoerd, dat zij, nu in het bestreden besluit uit een oogpunt van duidelijkheid voor betrokken partijen een oordeel is gegeven over het vestigingsbeleid, zoals dit is aangemeld, zij eraan hecht dat

ook dit onderdeel van het besluit wordt heroverwogen.

24. Tijdens de hoorzitting is van de kant van enkele zorgverzekeraars aangegeven, dat men regionaal nog steeds geconfronteerd wordt met een voortzetting van de (sinds 1992 bestaande) praktijk op het gebied van vestiging door enkele DHVen. Wat er ook zij van het principiele belang van de kwestie, heeft de LHV, voor zover zij verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van de DHVen, er derhalve belang bij dat de d-g NMa zich uitspreekt over de bezwaren van de LHV met betrekking tot de onverenigbaarheid van het vestigingsbeleid met de Mededingingswet, mede gezien de consequenties die dit kan hebben voor de handhaving van de wet.

b. Feitelijke onjuistheden

25. De door de LHV gesignaleerde onvolledigheid in de opsomming van aangemelde regelingen is hierboven (randnummer 1) hersteld. De aanvulling is niet van dien aard dat deze zou moeten leiden tot een andere beoordeling.

26. Ten aanzien van het lidmaatschap stelt de LHV dat uit artikel 5, eerste lid, van haar Statuten niet kan worden opgemaakt dat er sprake is van een automatisch lidmaatschap van de LHV en dat er geen verplichting voor in Nederland ingeschreven huisartsen bestaat om lid te zijn van de LHV. Uit genoemde bepaling blijkt inderdaad slechts dat alle huisartsen die in Nederland ingeschreven staan, lid kunnen zijn. Feit is echter wel dat van de ongeveer 7500 praktiserende huisartsen in Nederland circa 90% lid van de LHV is. De niet-leden stuiten bij vestiging en het afsluiten van medewerkerovereenkomsten niet op bijzondere beperkingen ten opzichte van leden, maar zij zoeken in het algemeen aansluiting bij regelingen en afspraken van de LHV. Uit een oogpunt van concurrentie leggen zij geen gewicht in de schaal. Deze feitelijke rechtzetting kan derhalve bij heroverweging van het bestreden besluit niet tot een andere beoordeling leiden. Het bezwaar treft in zoverre geen doel.

27. Met betrekking tot de eigen, interne organisatie voert de LHV aan dat uit haar Statuten niet blijkt dat de Districts Huisartsen Verenigingen (DHVen) bij de uitoefening van hun taak zijn gebonden aan de algemene lijnen zoals uiteen gezet door het Centraal Bestuur van de LHV. De LHV voert ten bewijze hiervan artikel 19(4) van de Statuten op. De tekst van dit artikel luidt:

De algemene lijnen van het beleid van de DHV-en terzake van deskundigheidsbevordering, ondersteuning, belangenbehartiging en vestigingsbeleid worden vastgesteld door het Centraal Bestuur, op basis van de algemene lijnen van het LHV-beleid en het daarbij behorende beleidskader.

Uit deze bewoordingen, alsmede uit de opbouw van artikel 19 van de Statuten als geheel en gezien de inhoud van de besluiten van het Centraal Bestuur, moet worden opgemaakt dat er wel degelijk een hiërarchische verhouding bestaat tussen de besluitvormende organen van de LHV, de DHVen de Regionale Huisartsen Verenigingen (RHVen), waarbij de laatstgenoemde verenigingen steeds opereren binnen de kaders die door de eerstgenoemde zijn aangegeven. Overigens is gesteld noch gebleken dat de betrokkenen de verhoudingen in de praktijk als vrijblijvend zouden zien.

28. Ten aanzien van de overige gestelde onjuiste vaststelling van de feiten wordt opgemerkt dat deze in wezen de interpretatie van specifieke onderdelen

van de aangemelde regelingen betreffen. Deze punten zullen hieronder, waar de betreffende regeling ter sprake komt, worden beoordeeld.

c. Toepasselijkheid van artikel 16 Mw

29. De LHV stelt dat alle aangemelde regelingen vallen onder het bereik van artikel 16 Mw, aangezien deze op grond van wettelijke verplichtingen tot stand zijn gekomen. Daarbij verwijst zij naar de artikelen 8, 9 en 44-46 van de Ziekenfondswet, op grond waarvan de UvOs zulke gedetailleerde regels bevatten dat aan partijen geen vrijheid wordt gelaten tot aanvullende regelingen en op grond waarvan ook voor het overige geen contractsvrijheid bestaat. Voorts stelt de LHV dat op grond van artikel 17 WTG geen hoger tarief mogelijk is dan het maximum tarief, dat goedgekeurd en vastgesteld wordt door het CTG en dat bovendien beleidsregels van de overheid gelden, met betrekking tot de samenstellende delen van het tarief, die geen eigen inbreng mogelijk maken, zodat er geen onderhandelingsruimte is. Ook de kwaliteitsregelingen (waarbij gedacht moet worden aan regels voor waarneming, het ontwikkelen van gedragsregels en beroepscodes) komen naar mening van de LHV tot stand ter uitvoering van wettelijke verplichtingen in het kader van artikel 40 van de Wet BIG en de artikelen 2-4 van de Kwaliteitswet Zorginstellingen.

30. Daarbij voert de LHV aan dat de door de d-g NMa gehanteerde uitleg van artikel 16 Mw te beperkt is, aangezien ook de wettelijke context en het standpunt van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) moeten worden meegewogen.

31. Wat betreft het laatstgenoemde punt, de reikwijdte van artikel 16 Mw, is in het bestreden besluit uiteengezet dat zowel uit de bewoordingen van artikel 16 Mw als uit de wetsgeschiedenis dat dit artikel volgt, dat deze uitzonderingsbepaling ziet op gevallen waarin de wet verplicht tot het sluiten van bepaalde overeenkomsten, het nemen van besluiten en/of gedragingen, die een beperking van de mededinging inhouden.^[3] Bovendien heeft de wetgever met de wijzigingen van de Ziekenfondswet en de WTG in 1992 doelbewust een bepaalde mate van marktwerking op de zorginkoopmarkt (relatie ziekenfonds-zorgaanbieder) en de zorgverzekeringsmarkt (relatie ziekenfonds-verzekerde) willen invoeren, met de nadruk daarbij op de totstandkoming van onderhandelingen tussen de individuele ziektekostenzorgverzekeraars en de individuele zorgaanbieders en bijgevolg gedifferentieerde contracten.^[4] Het standpunt van de Minister van VWS luidt overigens niet anders.^[5]

32. De artikelen 8 en 9 van de Ziekenfondswet bieden de algemene grondslag tot de aanspraak van ziekenfondsverzekerden op huisartsenzorg en andere vormen van zorg jegens de zorgverzekeraar en bevatten geen enkele verplichting tot het treffen van regelingen zoals door LHV zijn aangemeld of het doen goedkeuren daarvan.

33. Onder verwijzing naar de relevante bepalingen van de Ziekenfondswet wordt in het bestreden besluit uiteengezet dat de UvO die slechts de in de wet limitatief opgesomde onderwerpen mag bevatten een resultante is van wettelijk voorgeschreven overleg en door het CVZ wordt goedgekeurd. Derhalve is de UvO ingevolge artikel 16 Mw is vrijgesteld van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw. De LHV heeft in bezwaar echter niet duidelijk gemaakt waarom deze vrijstelling verder zou moeten reiken dan de UvO zelf (en het opnemen van de inhoud van de UvO in de

medewerkersovereenkomsten tussen de ziekenfondsen en de individuele huisartsen, waartoe de wet verplicht).

34. Ook met betrekking tot de WTG kan niet worden gesteld dat deze wettelijke regeling de inhoud van de medewerkersovereenkomsten op het punt van tarieven dicteert. Op basis van deze wet keurt het CTG de maximumtarieven die de huisarts in rekening mag brengen goed, dan wel stelt zij deze vast. Aldus is op de zorginkoopmarkt ruimte gecreëerd voor mededinging tussen aanbieders van zorg. Er is immers alle vrijheid om lagere tarieven overeen te komen. Derhalve worden de door de LHV aangemelde regelingen evenmin door de WTG goedgekeurd dan wel verplicht in de zin van artikel 16 Mw.

35. De stelling van de LHV dat gedetailleerde beleidsregels van de overheid met betrekking tot de samenstellende delen van het tarief geen eigen inbreng meer mogelijk maken, doet hieraan niet af, omdat zij slechts opgaat voor het maximumtarief zelf. Zoals ook is benadrukt door de zorgverzekeraars, houdt de door de LHV veronderstelde overheidsbemoeienis immers op te bestaan zodra dit maximumtarief is vastgesteld. In de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Mededingingswet is met betrekking tot dit punt expliciet te lezen dat als bijvoorbeeld een maximumtariefovereenkomst waarvoor goedkeuring nodig is van het CTG, door dat orgaan is goedgekeurd, alleen die maximumtariefovereenkomst onder de vrijstelling van artikel 16 Mw valt. Voor collectieve overeenkomsten over het toepassen van een vast tarief, beneden of op dat maximumniveau, in individuele medewerkersovereenkomsten is die goedkeuring niet nodig. De vrijstelling is dan ook niet van toepassing op dergelijke, al dan niet onderlinge, overeenkomsten van zorgverleners en zorgverzekeraars. Die overeenkomsten prijsafspraken zijn op basis van de Mededingingswet verboden.[6]

36. De Wet BIG en de Kwaliteitswet zorginstellingen stellen zeer globaal omschreven eisen aan de kwaliteit van de zorgverlening. De Wet BIG heeft met name tot doel een breed scala aan medische handelingen voor te behouden aan daarvoor gekwalificeerde personen en biedt daarbij beroeps- en opleidingsbescherming. Artikel 40, eerste en tweede lid, luiden (zonder onderscheid naar beroepsgroep):

1. Degene die in een register als bedoeld in artikel 3 staat ingeschreven of die een beroep uitoefent waarvan de opleiding krachtens artikel 34, eerste lid, is geregeld of aangewezen, en die zijn beroep uitoefent anders dan in het kader van een instelling als bedoeld in de Kwaliteitswet zorginstellingen, organiseert zijn beroepsuitoefening op zodanige wijze en voorziet zich zodanig van materieel, dat een en ander leidt of redelijkerwijze moet leiden tot verantwoorde zorg.

2. Het uitvoeren van het eerste lid omvat mede de systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van de zorg.

37. De Kwaliteitswet zorginstellingen verplicht eveneens tot het bieden van verantwoorde zorg, waaronder volgens artikel 3 wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patintgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patint. Artikel 3 luidt, voor zover hier van belang:

De zorgaanbieder organiseert de zorgverlening op zodanige wijze, voorziet de instelling zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personeel en

materieel, en draagt zorg voor een zodanige verantwoordelijkheidstoedeling, dat een en ander leidt of redelijkerwijs moet leiden tot een verantwoorde zorg. Hierbij betreft hij de resultaten van overleg tussen zorgaanbieders, zorgverzekeraars en patiënten/consumentenorganisaties. ()

Artikel 4 vult wederom aan dat dit mede omvat de systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van de zorg.

38. Noch de Wet BIG, noch de Kwaliteitswet zorginstellingen verplichten evenwel specifiek tot het treffen van de aangemelde privaatrechtelijke regelingen en voorzien niet in voorafgaande goedkeuring of algemeenverbindendverklaring daarvan. Ook van de zijde van ZN en zorgverzekeraars is hierop gewezen. Evenmin is gebleken dat de regelingen, in de vorm en met de inhoud waarin zij zijn aangemeld, zodanig rechtstreeks voortvloeien uit het door de Wet BIG en de Kwaliteitswet zorginstellingen beoogde kwaliteitsniveau, dat zij geacht kunnen worden aan een mededingingsrechtelijke toets te zijn onttrokken. Dat zou de reikwijdte van artikel 16 Mw oprekken tot ver buiten de grenzen die door de wetgever zijn beoogd.

39. De conclusie in het bestreden besluit, dat behalve de UvO geen van de aangemelde regelingen op grond van artikel 16 Mw is uitgezonderd van artikel 6, eerste lid, Mw, is derhalve juist. De d-g NMa verwerpt het bezwaar van de LHV op dit punt.

d. Toepasselijkheid van artikel 11 Mw

40. Volgens de LHV zijn de huisartsen op grond van de regelgeving met betrekking tot de gezondheidszorg belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 11 Mw. Op grond van de sociale zekerheidsregelingen heeft een ieder immers, ongeacht inkomen of ernst van de ziekte, toegang tot de gezondheidszorg, waaronder huisartsenhulp. Bovendien garandeert de huisarts als poortwachter van de gezondheidszorg de effectiviteit van het beginsel van toegang tot voornoemde gezondheidszorg. De beschikbaarheids- en bereikbaarheidsregelingen, alsmede de waarneemregeling, de 15 minuten-eis, de maximum- en minimumpraktijkomvang en het vestigingsbeleid zijn alle noodzakelijk om de huisarts in staat te stellen deze hem toevertrouwde bijzondere taak uit te oefenen. De LHV heeft haar beroep op artikel 11 Mw overigens eerst ten tijde van de hoorzitting naar voren gebracht.

41. Artikel 11 Mw bepaalt dat voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, Mw, waarbij ten minste een onderneming of ondernemingsvereniging betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, artikel 6, eerste lid, geldt, voor zover de toepassing van dat artikel de vervulling van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

42. Blijkens de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet is bij de bepaling van artikel 11 Mw aangesloten bij artikel 86, tweede lid, EG en zal voor de interpretatie van het bepaalde in artikel 11 Mw de Europeesrechtelijke beschikkingspraktijk en de jurisprudentie betreffende artikel 86, tweede lid, EG als leidraad dienen.[7] Voorts heeft de Europese Commissie in 1996 het concept diensten van algemeen belang nader genterpreteerd in een Mededeling, die in 2000 is geactualiseerd.[8] De invulling van dit begrip is

overigens onderhevig aan maatschappelijke veranderingen en technische ontwikkelingen.

43. De beschikkingspraktijk, de Mededeling van de Commissie en de jurisprudentie hebben tot dusverre geen betrekking op het terrein van de gezondheidszorg, met uitzondering van het recente arrest in de zaak van *Ambulanz Glickner*. Daarin sprak het Hof uit, dat krachtens wetgeving in de deelstaat Rijnland-Palts

EHBO-organisaties zijn belast met een taak van algemeen economisch belang, bestaande in de verplichting dag en nacht in het gehele betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting.[9]

44. De regelgeving waar het in de zaak van *Ambulanz Glickner* om ging, verschilt echter op verschillende essentiële punten van die met betrekking tot de Nederlandse huisartsen. Zo worden aan de betrokken ambulanceondernemingen van overheidswege uitsluitende of bijzondere rechten toegekend, waar tegenover staat dat zij krachtens vergunningsvoorschriften specifiek omschreven verplichtingen met betrekking tot hun beschikbaarheid voor noodgevallen krijgen opgelegd. In die situatie kan de met de toekenning van het uitsluitende of bijzondere recht gemoeide mededingingsbeperking noodzakelijk worden geacht om het financiële evenwicht van de betrokken diensten te waarborgen (het voorkomen van cherry picking).

45. In het geval van de huisartsenzorg in Nederland is de toegankelijkheid van de zorg in het algemeen niet gewaarborgd op grond van enige specifieke publiekrechtelijke taakstelling aan de huisartsen, maar in het stelsel van de ziekenfondsverzekering, waarbinnen aan de ziekenfondsen een zorgplicht is opgedragen. Met betrekking tot de beschikbaarheid en bereikbaarheid van huisartsenzorg ontbreekt evenzeer een wettelijk voorschrift of een besluit van een bestuursorgaan op basis waarvan de huisartsen in de zin van artikel 11 Mw uitdrukkelijk belast zijn met bepaalde vormen van dienstverlening.[10]

46. In een enkel bijzonder geval is aangenomen dat een onderneming een dienst van algemeen economisch belang behartigt op grond van een conglomeraat van wetgeving, besluiten en overeenkomsten.[11] Er zal echter wel altijd sprake moeten zijn van een duidelijk omschreven taakstelling, op grond waarvan nauwkeurig kan worden vastgesteld hoe de mededingingsregels de uitoefening ervan beïnvloeden.[12]

47. De ruime interpretatie van artikel 86, tweede lid, EG die de LHV voorstaat en die welhaast van toepassing lijkt te zijn op alle medische en tal van andere vrije beroepen, moet in strijd worden geacht met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG krachtens welke uitzonderingen op de fundamentele verbodsbepalingen van het mededingingsregime eng moeten worden genterpreteerd.

48. In de onderhavige zaak kan evenwel in het midden blijven of (een bepaalde mate van) bereikbaarheid en beschikbaarheid van huisartsenzorg aan te merken zou zijn als dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 11 Mw. Door de LHV is immers niet aangetoond dat artikel 6 Mw het waarborgen van de door haar als zodanig gekenschetste bijzondere taak

verhindert. De Europese Commissie gaat er bij de toepassing van dit vereiste van uit dat het niet voldoende is dat de naleving van de mededingingsbepalingen de vervulling van de bijzondere taak gecompliceerder maakt. Een eventuele beperking van de toepassing van de mededingingsvoorschriften kan slechts in overweging genomen worden wanneer de onderneming over geen enkel ander middel beschikt dat technisch en economisch haalbaar is om haar taak te vervullen.[13]

49. In de vorm en met de inhoud waarin zij zijn aangemeld bevatten de beschikbaarheids- en bereikbaarheidsregelingen, de waarneemregeling, de 15 minuten-eis, de maximum- en minimumpraktijkomvang en het vestigingsbeleid concurrentiebeperkingen die niet noodzakelijk moeten worden geacht voor een doeltreffend niveau van beschikbaarheid en bereikbaarheid. Ter motivering hiervan volstaat het om te verwijzen naar de randnummers 132 tot en met 136 van het bestreden besluit. Daarin wordt uiteengezet waarom de betrokken regelingen een toetsing aan het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 17 Mw niet doorstaan. Het resultaat van een toetsing aan het noodzakelijkheidsvereiste dat in de bepaling van artikel 11, tweede lid, Mw besloten ligt, zal in casu niet anders uitvallen.

50. De d-g NMa verwerpt op de bovengenoemde gronden het bezwaar van de LHV, gebaseerd op artikel 11, tweede lid, Mw.

e. Toepasselijkheid van artikel 6 Mw

Besluiten van een ondernemersvereniging

51. De LHV stelt dat de richtlijnen en normen, c.q. criteria met betrekking tot de bereikbaarheid en beschikbaarheid, de 15-minuteneis, waarneming, en minimum- en maximumpraktijkomvang geen verplichting opleggen, maar zijn bedoeld als niet-bindende adviezen.

52. Meer specifiek beroept de LHV zich op artikel 19(5) van haar Statuten, welk artikel slechts zou zien op het vervullen door de DHV van een faciliterende rol bij de vestiging van huisartsen in het district.

53. Als hier herhaald kan worden beschouwd hetgeen in het primaire besluit in paragraaf 6.2.2. is opgemerkt over overeenkomsten en besluiten. Hieraan wordt nog toegevoegd dat artikel 19(5) van de Statuten van de LHV vermeldt dat de DHVen onder meer tot taak hebben() de regulering van vestiging van de huisartsen in het District. Mede in aanmerking genomen de inhoud van het Beleidskader Vestigingsbeleid onder punt III, waarin bindende regels zijn neergelegd voor de leden van de LHV met betrekking tot de instroom, spreiding en vestiging, kan de hierboven weergegeven stelling van de LHV met betrekking tot de beperkte, louter faciliterende rol van de DHV niet worden gevolgd.

54. Voorts merkt de d-g NMa op dat in het Beleidskader Vestigingsbeleid de normen ter zake van de minimum- en maximumpraktijkomvang op landelijk niveau worden vastgesteld. In voornoemd Beleidskader is tevens vastgelegd dat op DHV-niveau spreidingscriteria worden gehanteerd conform de door de Ledenvergadering geaccordeerde Nota Bereikbaarheid en Beschikbaarheid. De stelling van LHV dat ook deze slechts als niet-bindende adviezen zijn bedoeld, niet kan worden gevolgd.

55. De LHV verwerpt de suggestie dat de voorbeeld-CZO en het Beleidskader Overeenkomsten 1996 uitgaan van een uniforme overeenkomst die tussen zorgverzekeraar en de individuele huisartsen binnen de DHV wordt afgesloten en dat deze de zorgverzekeraar verplichten een dergelijke uniforme overeenkomst aan alle huisartsen binnen de DHV aan te bieden. Zij voert hiertoe aan dat de voorbeeld-CZO slechts een hulpmiddel bij onderhandelingen is zonder enige officiele status en dat zij op het gebied van vestiging en tarieven geen enkele inhoudelijke regeling bevat. Ook de bij het Beleidskader Overeenkomsten opgenomen motie, waarin staat dat de zorgverzekeraar zich moet voegen naar op districtsniveau gemaakte afspraken, o.a. omtrent vestigingsbeleid is, niet een besluit, maar, aldus de LHV, slechts een onderhandelingsresultaat zonder verplichting.

56. In het bestreden besluit is afdoende weerlegd dat het beleidskader overeenkomsten en de voorbeeld-CZO slechts fungeren als hulpmiddel. Een LHV-lid aanvaardt immers met aanvaarding van de Statuten dat de DHV in zijn plaats overeenkomsten met zorgverzekeraars aangaat en geeft zijn eigen bevoegdheid op om op individuele basis en op zijn eigen voorwaarden te contracteren. Voorts kan gewezen worden op het Beleidskader Vestigingsbeleid sub 9, waar instructies zijn neergelegd die aanzetten tot collectieve opstelling binnen een huisartsengroep. Een dergelijke collectieve, uniforme opstelling tegenover de zorgverzekeraars spreekt ook duidelijk uit de inhoud van de motie die is aangenomen bij het Beleidskader Overeenkomsten 1996: De Ledenvergadering van de LHV op 18-06-1992 te Utrecht in vergadering bijeen () spreekt als haar mening uit dat de taak van het afsluiten van contracten met zorgverzekeraars hoort te liggen op districtsniveau, () waarbij de zorgverzekeraar zich moet voegen naar op districtsniveau gemaakte afspraken o.a. omtrent vestigingsbeleid (). Het beleidskader Overeenkomsten 1996 en de voorbeeld-CZO zijn dan ook aan te merken als besluiten van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

57. Tijdens de hoorzitting kwam de LHV desgevraagd niet met concrete voorbeelden waaruit het vrijblijvende karakter van genoemde regelingen zou blijken. Wel stelde men dat de voorbeeld-CZO is bedoeld als hulpmiddel voor de DHVen om zich te prepareren op haar rol in het kader van het overeenkomstenstelsel. Dat zou eventueel tot effect kunnen hebben dat het door iedereen wordt overgeschreven, waarmee het een uniformerende werking krijgt. Van de kant van de zorgverzekeraars werd het uniformerende en zelfs dwingende karakter, zoals het op regionaal niveau in de praktijk wordt ervaren, bevestigd.

58. De kwalificatie van de aangemelde regelingen als besluiten van een ondernemersvereniging zijn overeenkomstig artikel 6, juncto artikel 1, onder e, Mw, is derhalve juist. De d-g NMa verwerpt het bezwaar van de LHV dat zich tegen deze conclusie uit het bestreden besluit richt (nr. 77).

Werkingsfeer van artikel 6 Mw; regelingen ter bevordering van de kwaliteit

59. De LHV stelt dat artikel 6 Mw niet op de regels met betrekking tot vestiging en uniformering van het aanbod en de tarieven van toepassing is, aangezien deze hun grondslag vinden in de kwaliteitsbevordering. Op basis van o.a. artikel 22 van de Grondwet, artikel 40 van de Wet BIG en de Kwaliteitswet zorginstellingen is het immers aan de beroepsgroep overgelaten het nodige te regelen om een verantwoorde zorg te leveren en een kwaliteitssysteem in het leven te roepen.

60. Het is, aldus de LHV, niet aan de d-g NMa maar aan de beroepsgroep zelf om (gedrags)regels op te stellen welke zijn gebaseerd op ervaringsregels binnen de beroepsgroep. Ook is het aan de beroepsgroep om te bepalen of nieuwe initiatieven voldoen aan de (wettelijke) verplichting om voor een verantwoorde zorgverlening zorg te dragen.

61. Aansluitend bij punt 88 uit het bestreden besluit moet worden vooropgesteld, dat op een markt als de onderhavige collectieve afspraken over kwaliteitsbevordering in het algemeen niet beschouwd kunnen worden als een mededingingsbeperking. Afspraken met betrekking tot kwaliteit zoals vastgelegd in standaarden en protocollen, nascholing, intercollegiale toetsing, farmacotherapeutisch overleg en objectieve minimumkwaliteitseisen zijn derhalve niet aan te merken als mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 6 Mw. Ook samenwerking op administratief gebied (zoals betreffende het declaratie- en betalingsverkeer) is binnen bepaalde grenzen toegestaan. De regels met betrekking tot vestiging en uniformering van het aanbod en de tarieven zien echter niet slechts op kwaliteit of procedurele en administratieve samenwerking maar omvatten ook, zoals in het bestreden besluit is benadrukt, regels die ertoe strekken en ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt wordt beperkt. De wetgeving waarnaar de LHV verwijst noopt geenszins tot de totstandkoming van dergelijke, in het bestreden besluit nader omschreven mededingingsbeperkingen.

62. Voorts kan niet worden aanvaard dat regels die de uitoefening van een beroep organiseren principieel ontsnappen aan de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw door het enkele feit dat de beroepsgroep zelf deze regels als gedragsregels kwalificeert.[14]

63. Voor het overige stelt de LHV dat de inhoud van de individuele overeenkomsten ingevolge de Ziekenfondswet nagenoeg geheel wordt bepaald door de UvOs c.q. modelovereenkomsten, vastgesteld door het CVZ. Bij de behandeling van de toepasselijkheid van artikel 16 Mw is deze stelling reeds verworpen. De UvO geeft, zoals ook ZN en zorgverzekeraars hebben opgemerkt, slechts een minimumkader, dat geen tariefafspraken mag bevatten en dat op tal van punten aanvulling behoeft. De UvO is dan ook slechts n van de aangemelde regelingen en de andere vallen daarmee niet samen of gaan daarin niet op.

64. Concluderend wordt het bezwaar van de LHV, inhoudende dat artikel 6, eerste lid, Mw niet van toepassing is, aangezien de te regelen materie door de wetgever als het ware gemandateerd zou zijn aan de beroepsgroep die zelf dient zorg te dragen voor een kwalitatief goede huisartsenzorg, verworpen.

Mededingingsbeperking; WTG-maximumtarieven en schaarste aan huisartsenzorg

65. Tijdens de hoorzitting is er door de LHV op gewezen, en dit werd ondersteund door zorgverzekeraar OZB, dat enerzijds de WTG-maximumtarieven voor huisartsendiensten op een te laag niveau zijn vastgesteld door de overheid (dat wil zeggen gebaseerd op een norminkomen en normkosten die te laag zijn ingeschat), terwijl anderzijds het aanbod van (nieuwe) huisartsen (ook weer mede als gevolg van overheidsoptreden, namelijk beperkingen aan de opleidingscapaciteit) structureel gezien te laag is in verhouding tot de vraag. Lage maximumtarieven in combinatie met schaarste, hebben tot gevolg dat de ruimte voor concurrentie afwezig is en

feitelijk alleen tegen maximumtarieven kan worden gecontracteerd.

66. In het Beleidskader Overeenkomsten is een tabel opgenomen waaronder een omschrijving volgt van het tarief per verrichting, waarnaast de in CTG-verband vastgestelde maximumtarieven zijn afgedrukt. Deze zelfde tabel is opgenomen in een bijlage bij de voorbeeld-CZO. In de bijlage bij Individuele Overeenkomst staat voorts dat tussen de zorgverzekeraars en de individuele huisartsen tariefafspraken gelden die op collectieve basis tussen de zorgverzekeraar en de DHV zijn overeengekomen. In de voorbeeld-CZO staat dat in alle, tussen de zorgverzekeraars en de individuele huisartsen gesloten, overeenkomsten dezelfde tarieven worden gehanteerd.

67. In dit kader stelt de LHV echter dat het Beleidskader Overeenkomsten de mededinging niet beperkt, aangezien dit beleidskader geen instructie bevat om collectieve afspraken te maken, maar slechts een opsomming van honoreringsafspraken geeft die in een collectieve zorgovereenkomst moeten worden geregeld, alsmede het kader waarin deze moeten passen. Hetzelfde geldt voor de voorbeeld-CZO, waarin de verwijzing naar tariefafspraken niet meer behelst dan een verwijzing naar het daarvoor geldende kader, namelijk dat van de CTG-maximumtarieven.

68. Hieromtrent overweegt de d-g NMa in de eerste plaats, dat nu de wetgever bij de wijziging voor vrije beroepsbeoefenaren, waarbij puntstarieven werden vervangen door maximumtarieven en de contracteerplicht werd opgeheven, doelbewust is uitgegaan van de veronderstelling dat op de daarmee geboden ruimte voor marktwerking de Mededingingswet van toepassing zou zijn. In de toelichting bij het recente Besluit huisartsendienstenstructuren WTG wordt hieraan nog eens herinnerd.^[15] Het op grond van de WTG gevoerde beleid vormt dan ook geen reden om de Mededingingswet buiten toepassing te laten.

69. Daarbij komt dat het de LHV vrij staat het beleid langs de geigende kanalen te beïnvloeden. De WTG voorziet immers in de goedkeuring en vaststelling van tarieven volgens het overlegmodel, waarin representatieve organisaties van organen van gezondheidszorg en van ziektekostenverzekeraars een rol spelen.

70. Dat de WTG-maximumtarieven niet zo inflexibel zijn als door de LHV wordt gesuggereerd, blijkt eveneens uit het aangehaalde Besluit huisartsendienstenstructuren WTG. Als gevolg van dit besluit zijn er in het vervolg vier verschillende modellen waarlangs de huisartsenzorg gedurende avond, nacht en weekend kan worden vormgegeven met bijbehorende vergoedingswijzen. Het besluit roept een nieuwe samenwerkingsvorm in het leven, zonder afbreuk te doen aan het uitgangspunt dat het primaat voor levering van huisartsenzorg bij de individuele huisartsen ligt.

71. Voorts kan bij de stelling van de LHV en OZB worden aangetekend, dat de vraag welke ruimte de markt biedt voor uitkomsten die onder het maximumtarief liggen nimmer bij voorbaat kan worden beantwoord, maar dat, wat de uitkomst ook is, deze in ieder geval tot stand moet komen bij afwezigheid van concurrentiebeperkingen van de kant van de marktdeelnemers zelf, in dit geval in de vorm van collectieve onderhandelingen onder de uniformerende regie van de LHV.

72. Daarbij aansluitend merkt de d-g NMa tot slot op dat, indien zorgverzekeraars menen dat de maximumtarieven op een zo laag niveau

liggen, dat zij aan huisartsen geen aanbod willen doen dat op een lager niveau ligt, zij daar vrij in zijn. Het is echter niet aan de beroepsgroep collectief haar standpunt te bepalen en hierover collectief te onderhandelen of te adviseren.

73. Voor het overige zijn er voor de stelling van de LHV dat de aangemelde regelingen noch het doel, noch het effect hebben de mededinging te beperken, in bezwaar geen nieuwe argumenten naar voren gebracht. De d-g acht de motivering van het bestreden besluit in paragraaf 6.2.4 (nrs. 88 tot en met 113) correct en volledig en verwerpt het daartegen gerichte bezwaar.

f. Toepasselijkheid van artikel 17 Mw

74. De LHV heeft in haar bezwaarschrift en op de hoorzitting haar stelling herhaald dat het collectief onderhandelen in aanmerking komt voor ontheffing ingevolge artikel 17 Mw, omdat de voordelen de concurrentiebeperkende nadelen overstijgen, en omdat de kwestie bovendien niet op een andere manier kan worden opgelost, zodat is voldaan aan het onmisbaarheidsvereiste.

75. Om een ontheffing krachtens artikel 17 Mw te kunnen verlenen, moet aan alle vier de daarin genoemde voorwaarden cumulatief zijn voldaan. Het ligt op de weg van degene die zich op deze uitzondering beroep om dit beroep van een deugdelijke onderbouwing te voorzien die de d-g NMa instaat stelt het voor de beoordeling van de aanvraag noodzakelijke onderzoek te verrichten. [16]

76. Met betrekking tot de eerste voorwaarde van verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang is in het bestreden besluit uitgebreid gemotiveerd vastgesteld dat het niet aannemelijk is dat er zowel voor de vestigingsregelingen als voor uniform collectief contracteren sprake is van een economisch voordeel in de zin van de hierboven omschreven eerste voorwaarde (zie nrs. 118 tot en met 127).

77. Voorts is ten aanzien van de tweede voorwaarde, dat een billijk aandeel van de voordelen ten goede moeten komen aan de gebruikers, in het bestreden besluit overwogen dat, nu aan de eerste voorwaarde niet is voldaan, evenmin kan worden aangetoond dat bij gebrek aan dergelijke voordelen de vestigingsregeling dan wel de uniforme contractering ten goede komen aan de gebruikers.

78. Met betrekking tot de derde voorwaarde is in het bestreden besluit ten overvloede [17] gewezen op het feit dat de aangemelde regelingen op onderdelen contraproductief zijn (vestigingsbeleid, regeling van de praktijkomvang), dan wel door de feitelijke ontwikkelingen achterhaald (15-minuteneis), en is bovendien aangegeven dat in alle gevallen minder restrictieve regelingen denkbaar zijn om de beoogde doelen na te streven (zie nrs. 132 tot en met 136 van het bestreden besluit). In bezwaar zijn van de zijde van de LHV geen argumenten naar voren gebracht op grond waarvan dit oordeel ten aanzien van het vestigingsbeleid, de minimum- en maximumpraktijkomvang, de 15-minuteneis en het non-concurrentiebeding bij waarneming dient te worden heroverwogen.

79. In bezwaar is de LHV met name opgekomen tegen het oordeel van de d-g NMa dat de besparing op transactiekosten niet opweegt tegen de

mededingingsrechtelijke nadelen van het collectief onderhandelen en contracteren (het eerste vereiste van artikel 17 Mw) en, in samenhang daarmee, de overweging in het bestreden besluit dat er mogelijk geoorloofde vormen van samenwerking zijn die de plaats van collectieve onderhandelingen kunnen komen (nr. 133), zodat partijen niet zijn aangewezen op individuele onderhandelingen tussen alle huisartsenpraktijken en alle zorgverzekeraars afzonderlijk (hetgeen aanknoopt bij het derde vereiste van artikel 17 Mw, de noodzakelijkheid en proportionaliteit). Ook uit het veld hebben de d-g NMa signalen bereikt, dat de administratieve lasten voor de huisartsen onder een systeem van individueel contracteren ondraaglijk hoog zouden zijn, en dat het besluit derhalve niet zou getuigen van een realistische visie. In aanvulling op hetgeen in het bestreden besluit is gesteld bij randnummer 133, overweegt de d-g NMa het volgende.

80. Ten eerste is het aannemelijk dat de lasten van individueel onderhandelen vooral in de beginfase hoger zullen zijn, maar dat zich vervolgens nieuwe patronen in het contracteren zullen aftekenen die aan partijen meer houvast bieden. Het is juist vanwege de te verwachten overgangsproblemen, dat de d-g NMa op dit punt een overgangstermijn heeft verleend.

81. Ten tweede heeft de d-g NMa begrip voor de situatie waarin individuele huisartsen verkeren, gelet op de in het algemeen zware werkdruk waaraan zij blootstaan. Er is echter veel wat de LHV had kunnen doen om de overgangsproblemen met betrekking tot het onderhandelingsstelsel te beperken en de markt transparanter te maken. De LHV kan haar leden ook in de toekomst steun blijven bieden, binnen de grenzen van de Mededingingswet.

82. Zo kan de LHV in haar rol als belangenbehartiger de aanbiedingen van verschillende zorgverzekeraars vergelijken teneinde daarin een beter inzicht te verschaffen, en kan men behulpzaam zijn bij de administratieve ondersteuning, bijvoorbeeld door het (bevorderen van) het ontwikkelen van de benodigde software die huisartsen voor hun administratie gebruiken. De d-g NMa verwijst in dit verband nog eens naar de Richtsnoeren samenwerking bedrijven van 29 mei 2001.^[18] In het besluit van 13 december 2000 in zaak 882, Amicon Zorgverzekeraar, heeft de d-g NMa bovendien overwogen dat voor collectieve onderhandelingen nog zeer beperkt ruimte is (randnummer 51):

Wel kan het voor de zorgverzekeraar onder omstandigheden nodig zijn om met organisaties van aanbieders van zorg te bespreken welke kosten of besparingen globaal zijn gemoeid met bepaalde voorgestelde kwalitatieve wijzigingen in de dienstverlening of om te trachten overeenstemming te bereiken over de methode van het berekenen of toerekenen van kosten die met een bepaalde verstrekking gemoeid zijn, zonder dat dit direct leidt tot verbintenissen op het vlak van vergoedingen. Het collectief overleg mag ook in die gevallen niet verder gaan dan nodig is om de voorwaarden te scheppen voor vruchtbare individuele onderhandelingen en treedt niet in de plaats daarvan.

83. Uit het bovenstaande blijkt overigens dat de conclusie die de LHV uit randnummer 133 van het bestreden besluit trekt, namelijk dat de d-g NMa door alternatieven voor collectieve onderhandelingen aan te dragen, zelf uitgaat van de onwerkbaarheid, c.q. onaanvaardbaar hoge kosten van individuele onderhandelingen, onjuist is.

84. Ten derde, met het wijzen op enkele alternatieven heeft de d-g NMa

slechts willen aangeven, dat individuele onderhandelingen niet het enige alternatief zijn voor collectieve afspraken en dat (verdere) kostenbesparingen kunnen worden gerealiseerd door vormen van samenwerking die de toets aan de Mededingingswet kunnen doorstaan. Naast het noemen van twee voorbeelden (aanbesteding en het messengermodel) is in het bestreden besluit ook meer in het algemeen gewezen op vormen van horizontale samenwerking die voldoende concurrentie overlaten tussen collectief en individueel onderhandelen bevinden zich immers vele gradaties. Denkbaar is bijvoorbeeld dat niet alleen binnen maar ook tussen hoeds samenwerkingverbanden ontstaan, zij het dat de mededingingsrechtelijke beoordeling daarvan afhankelijk is van de omstandigheden op de regionale of lokale markt in kwestie. Opnieuw kan hier worden gewezen op de Richtsnoeren samenwerking bedrijven (vermeld bij randnummer 82).

85. Met betrekking tot het voorbeeld van aanbesteding, is door de LHV terecht opgemerkt dat hiervoor het initiatief aan de kant van zorgverzekeraars moet worden genomen. Met betrekking tot het messengermodel en andere samenwerkingsvarianten geldt dit niet. De grond waarom de LHV het messengermodel verwerpt, namelijk dat in Nederland de zorgaanbieder slechts van doen heeft met een contractaanbod van n zorgverzekeraar die dominant is in de regio, is feitelijk onjuist en overigens ook onbegrijpelijk in het licht van de eveneens ingenomen stelling dat juist de veelheid van contractaanbiedingen hoge transactiekosten veroorzaakt. Het is dan ook voorstelbaar dat de LHV of DHVen bij de oprichting van advies- of bemiddelingsbureaus (zorgmakelaars), die weliswaar op afstand van de eigen organisatie zouden moeten worden geplaatst, financieel een ondersteunende rol spelen. Ter hoorzitting heeft de LHV echter aangegeven dat een werkgroep die is belast met het onderzoek naar een nieuwe modus voor onderhandelen nog niet met resultaten is gekomen.

86. Nu de LHV in bezwaar geen nadere argumenten heeft ingebracht, behoeft het bestreden besluit op het punt van de toepasselijkheid van artikel 17 Mw geen correctie.

g. Inkoopmacht van de zorgverzekeraars

87. De LHV heeft gesteld dat zij (alleen) door collectief te onderhandelen een tegenwicht kan bieden aan de machtspositie van de zorgverzekeraars. Er is immers slechts n dominante zorgverzekeraar per regio, waarbij de overige in Nederland actieve zorgverzekeraars (blijkens het besluit van de d-g NMA van 29 december 1998 in zaak 1165, ANOZ Verzekeringen-ANOVA-ZAO) aanhaken. Onbegrijpelijk is bovendien, aldus de LHV, dat in het besluit van de d-g NMA van 15 december 2000 in zaken 590 en 1952, Amicon Vrijgevestigde fysiotherapeut ,en 1570, Sanders versus Amicon (nr.148) aan de fysiotherapeuten wordt toegestaan, wat de huisartsen op grond van het bestreden besluit juist niet mogen.

88. Voorts stelt de LHV dat het de zorgverzekeraars, op grond van de in artikel 82 EG gegeven niet-uitputtende lijst van misbruikvoorbeelden, niet vrij staat om op de lokale inkoopmarkt voor huisartsendiensten huisartsen voor gelijkwaardige prestaties verschillende voorwaarden aan te bieden. Aan deze lijst moet ook in het kader van artikel 24 Mw betekenis moet worden toegekend. Reeds op grond hiervan is de lokale zorgverzekeraar verplicht de huisartsen op gelijke voorwaarden te contracteren, wat ertoe leidt dat ook zonder formele binding aan aanbiederskant het onderhandelingsproces door objectivering van de voorwaarden op grond van de non-discriminatieplicht

nolens volens tot collectivisering wordt genormeerd. Dat overigens ook een niet-gelijkwaardige beloning voor ongelijkwaardige prestaties uitgesloten is, komt niet door afspraken tussen huisartsen maar door het huidige tariefstelingensysteem.

89. Allereerst moet worden opgemerkt dat voorzover in het besluit inzake ANOZ Verzekeringen-ANOVA-ZAO sprake is van aanhaken, deze praktijk op dat moment nog algemeen was en voortkwam uit de omschakeling van ziekenfondsen van een regionaal naar een landelijk werkgebied, waarbij sprake was van zeer geringe aantallen verre verzekerden waarvoor niettemin medewerkersovereenkomsten dienden te worden afgesloten. ZN en zorgverzekeraars hebben ter hoorzitting opgemerkt dat het aanhaken binnen het tweede compartiment inmiddels nagenoeg geheel is verdwenen.

90. Met betrekking tot het besluit van de d-g NMa van 10 maart 2000 in zaak 181, Zorgkantoren, waarnaar LHV in haar verweerschrift nog verwijst, wijst de d-g NMa erop dat de mandateringsconstructie die daar aan de orde was een samenwerking in het eerste compartiment van de zorgverlening betrof, waarin door de wettelijke regeling (de Algemene wet bijzondere ziektenkosten) de mededinging tussen de zorgverzekeraars (in hun hoedanigheid van zorgkantoor) vrijwel geheel ontbreekt. Er is geen sprake van dat de d-g NMa, in het kader van het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde tweede compartiment (zorgverzekeringen krachtens de Ziekenfondswet en de particuliere ziektekostenverzekering) een dergelijke brede en algemene mandaterings- of machtigingsconstructie tussen de zorgverzekeraars zou hebben goedgekeurd.

91. De lezing van de LHV van het besluit inzake Amicon Vrijgevestigde Fysiotherapeut en Sanders versus Amicon is eveneens onjuist. De aanvraag van Sanders tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56 Mw werd afgewezen, omdat er in de periode waarop de klacht zag feitelijk gezien geen sprake was van een economische machtspositie aan de zijde van Amicon op de markt van inkoop van fysiotherapeutische hulp ten behoeve van ziekenfondsverzekerden binnen het kernwerkgebied van Amicon, aangezien Amicon zich niet in belangrijke mate onafhankelijk kon gedragen ten opzichte van de collectief handelende fysiotherapeuten.^[19] Het moge duidelijk zijn dat hiermee geen uitspraak is gedaan over de toelaatbaarheid van het handelen van voornoemde beroepsbeoefenaren. Integendeel, met betrekking tot de ontheffingsaanvraag is in dit besluit geconcludeerd dat de afspraken zoals deze waren neergelegd in de zowel door Amicon als de KNGF voor ontheffing aangemelde medewerkersovereenkomst, voor zover zij in strijd waren met het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw (bijvoorbeeld met betrekking tot de uniformering van de overeenkomsten, uitschakeling van de prijsconcurrentie tussen zorgaanbieders, vestigings- en spreidingsbeleid en volume-afspraken), niet in aanmerking kwamen voor een ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw. Dit geldt ook voor het element van collectieve onderhandelingen en het tarief (zie nrs. 114 tot en met 120 van het genoemde besluit).

92. Herhaald zij nog eens dat de zorgaanbieders door zich als collectief op te stellen, de zorgverzekeraars de mogelijkheid ontnemen onderling met elkaar te concurreren. Daarnaast wordt de marktpositie, en dientengevolge de onderhandelingspositie, van de huisartsen versterkt door de zeer beperkte substitutiemogelijkheden van ziekenfondsen om bij huisartsenzorg van aanbieder te veranderen, zowel wat betreft de dienstverlening zelf als voor de plaats waar deze dienstverlening wordt aangeboden. Anderzijds wordt de marktpositie van de aanbieders versterkt doordat de zorgverzekeraars een

zorgplicht hebben en mitsdien voldoende contracten moeten sluiten om deze zorgplicht waar te maken.

93. Voorts moet worden opgemerkt dat voorzover er op enige markt een machtspositie bestaat, dit het vormen van een tegenmacht in de vorm van n enkel blok dat collectief onderhandelt niet zonder meer kan rechtvaardigen. [20]

94. Bovendien is in casu niet aangetoond dat de zorgverzekeraars van een eventuele machtspositie misbruik maken. Als dat het geval zou zijn, voorziet de Mededingingswet in de mogelijkheid op te treden op grond van overtreding van artikel 24 Mw.

95. Met betrekking tot de stelling van de LHV dat op grond van artikel 24 Mw gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dat reeds op grond hiervan de lokale zorgverzekeraar verplicht is de huisartsen op gelijke voorwaarden te contracteren en men min of meer gedwongen wordt tot collectivisering, merkt de d-g NMa nog het volgende op.

96. Ten eerste kan het betoog van de LHV geen betrekking hebben op de landelijke situatie, daar van eventuele machtsposities aan de zijde van zorgverzekeraars slechts op regionaal niveau sprake is.

97. Ten tweede is de stelling niet nader onderbouwd, anders dan door verwijzing naar de uitspraak van de d-g NMa in de zaken Amicon Vrijgevestigde Fysiotherapeut en Sanders versus Amicon, waarbij, zoals eerder is aangetoond, de LHV van een verkeerde lezing uitgaat. Los daarvan beoordeelt de d-g NMa de regionale marktverhoudingen niet als zodanig, dat aan een collectieve opstelling aan de zijde van de huisartsen niet zou zijn te ontkomen.

98. Ten derde, of een bepaalde gedraging van een onderneming misbruik van een economische machtspositie vormt, dient steeds in de concrete situatie te worden beoordeeld. Dit geldt ook ter zake van het criterium van gelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties. Te wijzen valt op het feit dat huisartsen in den lande onder zeer uiteenlopende omstandigheden hun praktijk uitoefenen, dat solopraktijken voorkomen naast diverse vormen van samenwerking, en dat zij hun praktijken en samenwerkingsverbanden op meer en minder doelmatige wijze kunnen organiseren en inrichten. Indien er objectieve redenen zijn om te differentieren, is er uiteraard geen sprake van discriminatie.

99. Wat de stelling van de LHV betreft dat voor het overige niet afspraken tussen de huisartsen maar het huidige tariefstelsel systeem differentiatie in de tarieven uitsluit, wordt verwezen naar hetgeen in randnummers 34, 35 en 68 tot en met 72 ten aanzien van de WTG is overwogen.

100. De d-g NMa acht het bezwaar van de LHV, voor zover dit gebaseerd is op de beweerdde machtspositie van de zorgverzekeraars, ongegrond.

h. Overgangperiode

101. Ten slotte heeft de LHV gesteld dat de overgangperiode tot 1 januari 2002 die voor de uitvoering van het bestreden besluit aan de LHV is gegund te kort is, op grond van de volgende redenen. In de eerste plaats is er binnen de

huidige structuur geen ruimte om te onderhandelen gezien, de machtspositie van de zorgverzekeraars. De zorgverzekeraars zijn van hun kant ook niet met initiatieven gekomen met betrekking tot nieuwe onderhandelingsmodellen. In de tweede plaats is het praktisch onuitvoerbaar voor huisartsen en zorgverzekeraars om individuele overeenkomsten te sluiten. Ten derde is momenteel teveel onduidelijkheid over de richting waarin het overheidsbeleid zich zal gaan bewegen. Zouden bijvoorbeeld de aanbevelingen van het rapport-Tabaksblat[21] worden omgezet in formele regelgeving, dan zou dit betekenen dat collectief onderhandelen, zowel op nationaal als op regionaal niveau, van overheidswege zou worden voorgeschreven en daarmee onttrokken aan toepassing van de Mw. Ten vierde moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de regelingen in het bestreden besluit vallen onder artikel 16 Mw, c.q. artikel 11 Mw. Verzocht wordt en wordt deze periode te verlengen tot 1 januari 2003, het moment waarop ook de uitzondering van artikel 16 Mw komt te vervallen.

102. De eerste twee door haar aangevoerde argumenten zijn reeds in het bovenstaande uitgebreid aan de orde geweest en verworpen. Ter staving van haar eerste argument heeft de LHV nog gewezen op enkele brieven van hagos die door zorgverzekeraars onbeantwoord zijn gelaten. Nu op de hoorzitting is gebleken dat het hier verzoeken om bovenwettelijke tarieven betrof, kan dit niet worden aangemerkt als het misbruik maken van een machtspositie van de kant van de zorgverzekeraars.

103. Met betrekking tot het derde door de LHV aangevoerde argument moet worden opgemerkt dat, alhoewel momenteel onderzoek wordt gedaan naar de vernieuwing van het zorgstelsel en de rol van de huisartsen daarbinnen, de huidige regelgeving helder en bindend is en dat in het onderhavige besluit geen rekening dient te worden gehouden met toekomstige onzekere gebeurtenissen op het vlak van wetgeving.

104. In de Nota van Toelichting bij de instellingsbeschikking van de commissie toekomstige financieringsstructuur huisartsenzorg (de commissie-Tabaksblat) stellen de bewindslieden van VWS en Binnenlandse Zaken, nadat zij hebben geconstateerd dat onder de huidige financile en organisatorische arrangementen sprake is van toenemende spanning met de Mededingingswet:

Van belang voor de toekomstbestendigheid van een nieuwe financieringsstructuur is dan ook, dat zij voldoet aan de eisen, die gesteld worden in de Mededingingswet.[22]

105. Anders dan de LHV het doet voorkomen, voorziet het rapport-Tabaksblat slechts op een beperkt terrein op landelijk niveau in collectieve onderhandelingen met ZN en patintenvertegenwoordigers over het zogenaamde kerntakenpakket en het beschikbaarheidsbedrag. Hierover merkt de commissie op:

De commissie realiseert zich dat de landelijke onderhandelingen over normbedragen en -tarieven op gespannen voet zouden kunnen staan met de Mededingingswet. Omdat de normbedragen echter niet meer dan bouwstenen zijn in de totale honorering van de huisarts en er op lokaal niveau ruim voldoende vrijheidsgraden overblijven voor een gedifferentieerde beloning van huisartsenzorg, acht de commissie strijdigheid met de Mededingingswet niet waarschijnlijk.

Op lokaal niveau is in de visie van de commissie-Tabaksblat geen sprake van

collectief onderhandelen.

Op lokaal niveau onderhandelen huisartsvoorzieningen individueel met de zorgverzekeraars over de hoogte van de praktijkkostenvergoeding (box 1), over de taken die de huisartsvoorziening gaat aanbieden, over opslagen voor een goede en doelmatige uitvoering van de taken (box 2b) en over het uitvoeren van extra taken en de bijbehorende tarifiering (box 2b). (Cursivering toegevoegd.)

De oplossing voor het probleem van de administratieve belasting die met individueel contracteren gepaard gaat, ziet de commissie-Tabaksblat vooral in vormen van gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars die binnen de grenzen van de Mededingingswet zijn toegestaan.[23]

106. De vierde reden gaat uit van toepasselijkheid van artikel 16 Mw of artikel 11 Mw, ten aanzien waarvan eerder is geconstateerd dat hiervoor geen gronden aanwezig zijn (zie de conclusie bij nrs. 39 en 50).

107. Ten slotte zij opgemerkt dat de LHV al vanaf 11 april 2001 op de hoogte is van de haar gegunde overgangperiode en dat zij vanaf dat moment heeft kunnen zoeken naar oplossingen, welke zij aan de NMa had kunnen voorleggen. Het feit dat zij bezwaar heeft gemaakt tegen het primaire besluit, hoeft haar hier geenszins van af te houden. Nu de activiteiten van een door de LHV ingestelde werkgroep, zoals de LHV tijdens de hoorzitting heeft opgemerkt, zich nog in een rudimentair stadium bevinden, is het dan ook aan de LHV zelf te wijten dat deze overgangperiode haar niet de gewenste ruimte biedt.

108. De door de LHV aangevoerde argumenten geven dan ook geen aanleiding tot verlenging van de overgangperiode.

i. Eindconclusie

109. De conclusies die bij randnummers 25-27, 39, 50, 58, 64, 73, 86, 100 en 108 zijn getrokken, voeren tot de eindconclusie dat alle door de LHV aangevoerde bezwaren ongegrond zijn.

V. BESLUIT

De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit verklaart de bezwaren van de Landelijke Huisartsen Vereniging tegen zijn besluit van 11 april 2001, met kenmerk 537/103, ongegrond.

Datum: 21 december 2001

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

[1] Van de zorgverzekeraars hebben Anova, Zorgverzekeraars VGZ, Zilveren Kruis Achmea, PWZ Achmea, Zorg en Zekerheid Leiden en OZB zich laten vertegenwoordigen op de hoorzitting. Er zijn geen schriftelijke zienswijzen binnengekomen.

[2] Met uitzondering van OZB die gezien de marktverhoudingen een langere overgangstermijn gerechtvaardigd acht.

[3] Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3, p. 67 (MvT) en Kamerstukken II 1996/97, 24707, nr. 6, p. 50.

[4] Kamerstukken II 1989/90, 21357, nr. 3 (MvT), p. 4 en 17.

[5] In de brief van de Minister van VWS van 6 december 1999 gericht aan de LHV geeft zij te kennen dat de algemene gelding van de Mededingingswet, met inbegrip van de gezondheidszorg, een weloverwogen keuze is geweest en dat naar haar inschatting regels en afspraken die essentieel zijn voor het bevorderen van de noodzakelijke kwaliteit van de te verlenen zorg en van de zorgverleners, ook zo kunnen worden vormgegeven dat deze niet in conflict zijn met de Mw.

[6] Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3, p. 23.

[7] Zie Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3 (MvT), p. 63 en 64.

[8] De diensten van algemeen belang in Europa, Mededeling van de Commissie van 20 september 2000, COM(00) 580 def.; vgl. de Mededeling uit 1996, PbEG C 281/3 van 26 september 1996. Hierin wordt vooral aandacht besteed aan netwerksectoren en komt de gezondheidszorg niet aan de orde.

[9] HvJEG 25 november 2001, zaak C-475/99, Ambulanz Glckner, nog niet gepubliceerd, ov. 55.

[10] Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3 (MvT), p. 64 en nr. 5, p. 93. Zie bijvoorbeeld ook besluit van de d-g NMa in zaak 741, Overeenkomst van samenwerking, d.d. 31 augustus 1999.

[11] Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3 (MvT), p. 64 en HvJEG 27 april 1994, zaak C-393/92, Almelo, Jur. 1994, p. I-1501.

[12] Vergelijk HvJEG 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reiseburo, Jur. 1989, p. 803, ov. 56.

[13] Beschikking van de Commissie van 17 december 1981, Navewa-Anseau, PbEG 1982 L 167/39, nr. 66.

[14] Gerecht van Eerste Aanleg 28 maart 2001, zaak T-144/99, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europese Octrooibureau tegen Commissie (EPI-gedragscode), Jur. 2001, p. II-1087, ov. 64 en 65.

[15] Besluit van 18 oktober 2001, houdende wijziging van het Besluit werkingssfeer WTG 1992 in verband met de aanwijzing van huisartsendienstenstructuren als afzonderlijke categorie van organen voor gezondheidszorg in de zin van de Wet tarieven gezondheidszorg Stb. 2001, 525, p. 8-9. Het besluit is met ingang van 1 juli 2001 in werking getreden. Vergelijk ook de nota Vraag aan bod, Hoofdlijnen van vernieuwing van het zorgstelsel, Ministerie van VWS, 6 juli 2001, p. 30-31.

[16] Rechtbank Rotterdam 16 mei 2001 (MEDED 99/2584-SIMO) en 26 september 2001 (MEDED 00/886-SIMO).

[17] Indien naar zijn oordeel aan n van de vereisten van artikel 17 niet is voldaan, is de d-g NMa niet gehouden ook de andere vereisten te bespreken, Rechtbank Rotterdam 3 december 2001 (MEDED00/910-SIMO).

[18] Staatscourant 8 juni 2001, nr. 108, p. 28.

[19] Vergelijk ook het besluit van de d-g NMa van 7 mei 2001 in zaak 1947, Organisatie van Nederlandse Tandprothetici, nrs. 55-60.

[20] Besluit van de d-g NMa van 15 december 2000 in zaken 590 en 1952, Amicon Vrijgevestigde fysiotherapeut, en 1570, Sanders versus Amicon, nr. 120.

[21] Een gezonde spil in de zorg. Rapport van de commissie toekomstige financieringsstructuur huisartsenzorg, Ministerie van VWS, april 2001.

[22] Een gezonde spil in de zorg. Rapport van de commissie toekomstige financieringsstructuur huisartsenzorg, Ministerie van VWS, april 2001, p. 49.

[23] De commissie-Tabaksblat wijst in dit verband op het besluit van de d-g NMa van 25 oktober 1999 in zaak 224, inkooporganisatie Multizorg.