

## Tilburg University

### De recidivist onder het mes

Canoy, M.F.M.; Sauter, W.

*Publication date:*  
2012

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Canoy, M. F. M., & Sauter, W., (2012). *De recidivist onder het mes: NMa beboet de Landelijke Huisartsenvereniging*, No. 6888/435, Dec 30, 2012. (Markt en Mededinging; Vol. 15, No. p. 92-98).

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Annotatie

## De recidivist onder het mes: NMa beboet de Landelijke Huisartsenvereniging

Prof. dr. M.F.M. Canoy en prof. mr. W. Sauter\*

*Annotatie van zaak 6888/435, LHV, Besluit van 30 december 2011 van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op grond van artikel 56 lid 1 Mw.*

92

### Inleiding

Op de voorlaatste dag van 2011 stelde de NMa haar boetebesluit (het Besluit) vast tegen de Landelijke Huisartsenvereniging (LHV) die daarmee een boete kreeg opgelegd van 7.719.000 euro en een last om ondubbelzinnig afstand te nemen van de aanbevelingen aan haar leden ten aanzien van de vestiging van nieuwe huisartsen die door de NMa als een overtreding van het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) werden aangemerkt.<sup>1</sup> Daarnaast werden twee feitelijk leidinggevend door middel van een separaat besluit persoonlijk beboet (dit aspect wordt in deze bijdrage verder niet besproken omdat dit besluit nog niet beschikbaar is).

Hieraan vooraf gingen een eerder besluit van de NMa van 21 december 2001 op een aanvraag tot ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw uit 1998 waarbij al werd vastgesteld dat het voeren van vestigingsbeleid niet door de beugel kon,<sup>2</sup> onderzoek op kantoorlocaties van de LHV (en een zaak wegens zegelverbreking die daarmee

\* Prof. dr. M.F.M. Canoy is verbonden aan het Tilburg Centre for Law and Economics (TILEC) van Tilburg University en bovendien hoofdeconoom van Ecorys. Prof. mr. W. Sauter is verbonden aan het Tilburg Centre for Law and Economics (TILEC) van Tilburg University en bovendien expert bij de NZa. Zij bedanken Eric van Damme, Jan-Koen Sluijs en enkele andere commentatoren voor hun opmerkingen bij een eerdere versie. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

1. Besluit NMA 30 december 2011, zaak 6888/435 (LHV).

2. Besluit NMA 11 april 2001, zaak 537 (Landelijke Huisartsenvereniging).

samenhang<sup>3</sup>) in april 2010 alsmede het afnemen van verklaringen van verschillende vertegenwoordigers van de LHV. In deze bijdrage gaan wij zoals gebruikelijk eerst in op de feiten, daarna op de beoordeling en vervolgens geven wij onze eigen analyse en conclusies.

### Feiten

#### De markt

Onder meer omdat de huisarts als eerste aanspreekpunt, coördinator en poortwachter voor de verwijzing naar de tweede lijn functioneert, is deze maar beperkt aan concurrentiedruk van andere zorgaanbieders onderhevig. Daarom ziet de NMa de relevante productmarkt als de markt voor huisartsenzorg. De geografische markt is regionaal of lokaal vanwege de norm dat de huisarts binnen vijftien minuten een spoedeisend bezoek moet kunnen afleggen, de noodzaak om visites af te kunnen leggen, en omdat voor consumenten de afstand een belangrijk element bij hun keuze voor een huisarts is. Dit is in lijn met de bevindingen in het eerdergenoemde besluit uit 2001 waarbij het ontheffingsverzoek van de LHV werd afgewezen.

Nederland kent ongeveer 9.000 huisartsen waarvan er 8.000 zelfstandig gevestigd zijn en 1.000 in loondienst. Er is sprake van een lichte groei (netto 50 huisartsen in 2008) die wordt bepaald door de huisartsen in loondienst. Gemiddeld bedient een huisarts ongeveer 2.350 consumenten (wat overeenkomt met de voormalige normpraktijk grootte van de LHV) met kleine regionale verschillen waarbij opmerkelijk is dat juist in de meer perifere provincies Friesland en Overijssel de huisart-

3. Besluit NMA 18 augustus 2011, zaak 6933/91 (Zegelverbreking LHV).

sendichtheid het grootst is. Van alle huisartsen werkt 20 procent in een solopraktijk, hetgeen overeenkomt met het percentage nieuwe vestigingen in een solopraktijk. De NMa geeft geen gegevens van huisartsen die in een commerciële praktijk (in loondienst) werkzaam zijn.

### Positie van de huisarts tegenover de zorgverzekeraar

De NMa haalt de NZa aan die vindt dat de huisartsen een sterke onderhandelingspositie tegenover verzekeraars hebben vanwege hun schaarste, de kleine geografische relevante markt, de langdurige relatie met de consument, het gebrek aan transparantie over kwaliteit en de reeds genoemde poortwachterrol van de huisarts.

### De samenwerking tussen huisartsen

Ruim 95 procent van de huisartsen in Nederland is aangesloten bij de LHV die tot doel heeft hun belangen te behartigen. De LHV is ingedeeld in regionale kringen. Zelf zijn de huisartsen binnen dezelfde gemeente of wijk vaak verenigd in huisartsgroepen (HAGRO) die inmiddels geen formeel onderdeel van de structuur van de LHV meer uitmaken. De HAGRO's vormen de spil van de onderlinge waarneming (vervanging bij afwezigheid) en zijn daarnaast vaak betrokken bij scholing, intercollegiale toetsing en farmacotherapeutisch overleg. Binnen de onderlinge samenwerking speelt volgens de NMa de waarneming een centrale rol.

### Waarneming

Waarneming is cruciaal voor een huisarts om verschillende redenen: in de eerste plaats dient hij 24 uur per dag en 7 dagen per week continuïteit van zorg te garanderen. Daarnaast is deelname aan een waarnemingsregeling veelal voorwaarde voor herregistratie als huisarts en bovendien een voorwaarde voor contractering met de zorgverzekeraars. Hier staat tegenover dat de onderlinge waarneming voor avond, nacht en weekeinddiensten inmiddels wordt overgenomen door gespecialiseerde structuren ('de huisartsenpost'). In haar Richtsnoeren voor de zorg van 2010 heeft de NMa een overwegend positief oordeel over waarneming opgenomen voor zover die noodzakelijk is voor de continuïteit van zorg, en plaatsvindt onder objectieve, transparante en niet-discriminerende voorwaarden voor toetreding.<sup>4</sup>

Het Hof Amsterdam heeft (mede) op basis van een mededingingsrechtelijke redenering toegang tot een huisartsenpost die door een HAGRO werd geblokkeerd ten bate van een commerciële aanbieder opgelegd in een uitspraak van 3 juni 2008.<sup>5</sup> Voor vervanging bij gewone afwezigheid kan een waarnemer ingehuurd worden, hoewel tegen hogere kosten dan onderlinge waarneming die gewoonlijk met gesloten beurs plaatsvindt. Waarneming bij acute afwezigheid is doorgaans niet anders te regelen dan via de lokale huisartsen en vormt daarmee een drempel voor vestiging zonder steun van reeds gevestigde huisartsen. Dit wordt bevestigd door een uit-

spraak van de voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden van 16 maart 2011 waarbij toegang tot een dergelijke waarnemingsregeling werd opgelegd op basis van een overtreding van het kartelverbod in artikel 6 lid 1 Mw.<sup>6</sup>

### Bekostiging

De huisartsenzorg kent gemengde bekostiging door de zorgverzekeraar op basis van een vast inschrijftarief per consument en een tarief per verrichting. Op deze bekostiging kunnen toeslagen berekend worden voor achterstandsgebieden, op basis van populatie en ten bate van modernisering en innovatie (M&I). Met uitzondering van de M&I-verrichtingen en modules die vrij onderhandelbaar zijn, worden al deze bedragen als maximumtarieven gereguleerd door de NZa.<sup>7</sup> Om deze inschrijften en verrichtingstarieven te declareren is geen contract met een zorgverzekeraar noodzakelijk, wel voor de toeslagen die ongeveer 10 procent van de gemiddelde omzet van de huisarts betreffen. Het staat de verzekeraar vrij om al dan niet te contracteren. Hier tegenover staat de eerder genoemde sterke positie van de huisarts tegenover de zorgverzekeraar.

### Concurrentie

De NMa geeft aan dat de huisartsen gezien het belang van de toeslagen (10 procent van de omzet) een prikkel hebben om een contract te sluiten met de verzekeraars. Huisartsen kunnen zich van concurrenten onderscheiden door tarieven te rekenen die beneden de NZa-maxima liggen. Er wordt door de NMa niet weergegeven in welke mate dit daadwerkelijk gebeurt. Ook zou de huisarts zich ten overstaan van consumenten positief moeten onderscheiden. De prikkel hiertoe is beperkt door de honkvastheid van de consument – waar uiteindelijk de verzekeraar bij moet aanhaken. De NMa concludeert dat de huisartsen over mogelijkheden en prikkels om te concurreren beschikken en dat mededinging mogelijk is op de markt voor huisartsenzorg. De mate van concurrentie is in de praktijk wel beperkt.

### Toetreding

Omdat tarieven of het 'stemmen met de voeten' van patiënten voor weinig concurrentiedruk lijken te zorgen, kan concurrentie ontstaan door toetreding. Toetreding vormt ook de kern van de feiten waarop het Besluit betrekking heeft. In de eerste plaats wordt de 80 procent van de toetreders die wil toetreden of in dienst treden bij een duo- of groepspraktijk door de zittende huisartsen geselecteerd. Dit is normaal bij een dienstbetrekking of voor toetreding tot een maatschap en voor het mededingingsrecht niet relevant. Daarnaast komt (collectieve) toetreding via huisartsencollectieven voor, met name via grotere commerciële organisaties als Artsenzorg en Zorgpunt. Deze zijn niet afhankelijk van waarneming door de zittende huisartsen maar vertegenwoordigen tot dusver slechts ongeveer 100 huisartsen. Het komt echter

4. NMa, *Richtsnoeren voor de zorgsector*, maart 2010, par. 6.3.3.7 Afspraken over waarneming.  
5. Gerechtshof Amsterdam, LJN BG1471.

6. Vzr. Rb. Leeuwarden, LJN BP8008.

7. NZa, *Huisartsenzorg 2008: Analyse van het nieuwe bekostigingssysteem en de marktwerking in de huisartsenzorg*, februari 2009.

volgens het Besluit voor dat bij toetredende duopraktijken de zorgverzekeraar toch aandringt op deelname aan een waarnemingsregeling.

Voor de 20 procent nieuwe toetreders die zich als zelfstandig huisarts vestigt, doet zich het fenomeen voor dat de HAGRO's doorgaans een sollicitatieprocedure openen voor een nieuwe huisarts binnen de regio. Dit geldt zowel voor de overname van een bestaande praktijk als voor nieuwe vestiging. Dit wordt 'vrije' vestiging genoemd – in tegenstelling tot de zogenoemde 'wilde' vestiging zonder instemming van de HAGRO. Instemming van de HAGRO wordt door de verzekeraars zelfs als voorwaarde gesteld in hun contracteerbeleid. Ook als verzekeraars een tekort aan huisartsen signaleren nemen zij contact op met de HAGRO op om een door de laatstgenoemde gecontroleerde toetreding te bestellen. Wilde vestiging betekent daarom in beginsel niet alleen het ontbreken van een waarnemingsregeling, maar ook het ontbreken van een contract met een zorgverzekeraar met een omzetsderving van 10 procent voor de toeslagen waarvoor niet gecontracteerd is.

### Argumenten van de LHV

De argumentatie van de LHV zoals weergegeven in het besluit is beknopt en gaat op een aantal zaken niet in (er wordt bijvoorbeeld kennelijk geen verweer gevoerd ten aanzien van de wettelijke uitzondering). Vermoedelijk zal de LHV in bezwaar en beroep haar argumenten nog aanvullen.

De zienswijze van de LHV zoals weergegeven in het Besluit betoogt ten aanzien van de feiten dat zij nimmer een vestigingsbeleid heeft gevoerd, in het bijzonder op bepaalde bestuursvergaderingen hierover niet heeft gesproken, en dat ook de ledenvergadering zich nooit over dit onderwerp heeft uitgesproken. Het publiceren van het document Vestiging/Aanbevelingen op het besloten deel van de LHV-website en van de nieuwsbrief die daarop de aandacht vestigde zou onbevoegd door individuele LHV-medewerkers zijn gedaan. Iets vergelijkbaars zou gelden voor de Kring Amsterdam en de Kring Noord-Holland Midden waarbij ten aanzien van de daar circulerende documenten over vestiging geen sprake zou zijn van vastgesteld beleid.

Ook betoogt de LHV in haar zienswijze ten aanzien van de juridische kwalificatie dat geen sprake is van een besluit van een ondernemingsvereniging omdat geen sprake zou zijn van een statutair voorziene wilsuiting van de LHV. Voorts zou een paraaf ontbreken en zou het plaatsen van de notitie op de website eigenhandig door een medewerker zijn gedaan.

### Rol van de LHV

Al in het besluit van de NMa van 2001 op het onthefingsverzoek van de LHV voor een aantal samenwerkingsregelingen heeft de NMa bepaald dat het voeren van een vestigingsbeleid door de LHV een inbreuk op het kartelverbod betreft. De LHV heeft desondanks in januari 2006 een document 'Vestiging' opgesteld dat beoogt een evenwichtig huisartsenaanbod te realiseren en daartoe een belangrijke rol toekent aan de HAGRO's.

Dit gaat vooral over de noodzaak dat zittende partijen de vestiging controleren en een evenwichtig aanbod realiseren met een normpraktijk-grootte van 2350 consumenten. Er wordt benadrukt dat een waarnemingsregeling alleen bij goede samenwerking en betrokkenheid bij de vestiging van nieuwe artsen mogelijk is. Ook hekelt de LHV de rol van commerciële partijen die per huisarts grotere consumentenpopulaties bedienen en (mede op verzoek van de verzekeraars) kosteneffectiever werken, hetgeen de LHV betreurt omdat hiermee de medische autonomie van de huisarts beperkt zou worden en de rol van de verzekeraars toeneemt.

Het document 'Vestiging' wordt binnen de LHV verschillende malen aangepast en besproken alvorens het in mei 2008 op het besloten deel van de LHV-website geplaatst wordt. Via een nieuwsbrief wordt een link aangebracht naar 'Aanbevelingen' die overeenkomen met het document 'Vestiging'. De leden moeten 'de regie in handen houden'. De LHV stelt in haar stukken weliswaar dat geen formeel vestigingsbeleid nodig is, maar dat met de preferente zorgverzekeraar wel afspraken gemaakt moeten worden over hun betrokkenheid bij vestiging van een nieuwe huisarts in hun verzorgingsgebied.

Dit botst met het NMa-besluit uit 2001 maar ook met de eerder aangehaalde rechtspraak met betrekking tot toegang tot de huisartsenpost respectievelijk de waarnemingsregeling van de HAGRO. Vestigingsbeleid bleek een regelmatig terugkerend onderwerp op de agenda van het bestuur van de LHV te staan. Daarnaast heeft een aantal LHV-Kringen (met name de LHV-Kringen Amsterdam en Noord-Holland Midden) richtlijnen uitgevaardigd waarin de Aanbevelingen van de LHV werden overgenomen. Deze Aanbevelingen zijn overigens zelfs na de bedrijfsbezoeken van de NMa in april 2010 (en tot aan het moment van het Besluit) niet van de website van de LHV gehaald.

## Beoordeling

### Besluit van een ondernemingsvereniging

Deze categorie in artikel 6 lid 1 Mw is zeldzamer dan de standaardovereenkomsten tussen ondernemingen (maar in de zorg niet onbekend: zie bijvoorbeeld de uitspraken van de NMa ten aanzien van de eerstelijnspsychologen<sup>8</sup>). Mede daarom wordt ook in het Besluit hierop nader ingegaan.

De eerste stap is of sprake is van een ondernemersvereniging. Huisartsen zijn ondernemers in de zin van de Mw aangezien zij tegen beloning diensten verrichten en financiële risico's dragen. Aangezien de LHV de gemeenschappelijke belangen van deze ondernemers vertegenwoordigt, is zij een ondernemersvereniging. De tweede stap gaat over de kwalificatie van de betreffende gedraging als een besluit. Een besluit van een onderne-

8. Besluit NMa 26 april 2004, zaak 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP), en de beslissingen op bezwaar in deze zaak.

mingsvereniging kan behalve uit een formeel besluit ook bestaan uit een niet voor leden bindende aanbeveling voor zover deze door de leden feitelijk wordt gevolgd en uit ‘beslissingen die de getrouwe weergave vormen van de wil van de ondernemingsvereniging om het gedrag van de leden op de betrokken markt te coördineren’.<sup>9</sup> Deze laatste variant, welke door de NMa wordt gekozen, vereist dat de beslissing aan de leden is kenbaar gemaakt. Opvolging door de leden is daarbij geen vereiste maar wel een belangrijke aanwijzing voor een wil tot coördinatie.<sup>10</sup>

De NMa heeft bij de beoordeling of sprake is van een besluit van de LHV de volgende punten in overweging genomen: (1) de LHV heeft de Aanbevelingen aan haar leden gecommuniceerd; (2) de dwingende en heldere bewoordingen van de Aanbevelingen; (3) het feit dat deze zijn opgevolgd door (in ieder geval enkele) huisartsenkringen; en (4) dat deze niet zijn ingetrokken door de LHV. Deze factoren worden stuk voor stuk onderbouwd in het Besluit en de NMa concludeert dan ook dat er in de onderhavige zaak sprake is van een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 6 lid 1 Mw.

### Mededingingsbeperkende strekking

Het kartelverbod is van toepassing op besluiten van ondernemingsverenigingen die tot doel (strekking) of gevolg (effect) hebben om de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te beperken. Over doelbeperkingen bestaat enerzijds recente Europese en Nederlandse rechtspraak die heeft uitgemaakt dat ‘het volstaat dat het [besluit] concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, geschikt is om te leiden tot verhinderend, beperking of vervalsing van de mededinging’.<sup>11</sup> Juist ten aanzien van besluiten van ondernemersverenigingen in de zorg hebben het CBB en de Rechtbank Rotterdam echter anderzijds ook bepaald dat, indien de marktpartijen een verweer voeren dat de betreffende doelbeperking geen hout snijdt omdat deze geen betrekking heeft op een concurrentieparameter die relevant is op de bedoelde markt, de NMa hierop gemotiveerd dient te worden ingegaan.<sup>12</sup> Het volstaat inmiddels dus bij een doelbeperking niet meer om alleen te verwijzen naar een prijsafstemming of een gebiedsverdeling of zoals in het onderhavige geval, een soort ballotage. De omstandigheden van het geval en de argumenten van partijen zijn op dit punt bepalend voor het bewijs dat wordt vereist.

9. Besluit NMA 30 december 2011, zaak 6888/435 (LHV), par. 114 en de verwijzingen aldaar.
10. Onder verwijzing naar Beschikking van de Europese Commissie van 24 juni 2004, *Ereloonregeling Belgische Architecten*, Pb. EU 2005, L4/10 en HvJ EG 27 januari 1987, zaak 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Jur. 1986, p. 405.
11. Besluit NMA 30 december 2011, zaak 6888/435 (LHV), par. 128, onder verwijzing naar HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile e.a.*, Jur. 2009, p. I-4529; en CBB 12 augustus 2010, LJN BC1396 (*T-Mobile Netherlands B.V. e.a.*).
12. CBB 6 oktober 2010, LJN BF8820; Rb. Rotterdam 17 juli 2006, LJN AY4928 (*Eerstelijns psychologen*). Hier werd zelfs in een sector met vrije prijsvorming prijs als een mogelijk niet relevante concurrentieparameter beschouwd.

In dit verband is de bevinding van de NMa relevant dat de LHV zich feitelijk schuldig maakt aan het herinvoren van aanbodregulering, tot zelfs tien jaar nadat de NMa had vastgesteld dat dit een mededingingsbeperking betrof. De noodzaak om een waarnemingsregeling te hebben teneinde een contract met een zorgverzekeraar te verkrijgen (en daarmee een mogelijke omzetting van 10 procent) en in verband met herinschrijvingseisen wordt in dit verband aangehaald. Hoewel de Aanbeveling spreekt van evenwicht en balans in het huisartsenaanbod zijn de gebruikte middelen daartoe noch geschikt, noch noodzakelijk om een eventuele schaarste op te lossen. Tegendruk van verzekeraars en consumenten is onvoldoende, niet het minst omdat consumenten in hoge mate loyaal blijven aan zittende huisartsen.

### Geen inherente beperking

Sinds het spraakmakende *Wouters*-arrest van het Hof van Justitie uit 2002 geldt dat besluiten van ondernemingsverenigingen niet zonder meer als mededingingsbeperkend mogen worden beschouwd – althans buiten het bereik van artikel 6 lid 1 Mw – als zij een publiek belang dienen waartoe bepaalde beperkingen inherent zijn.<sup>13</sup> Daarvan is volgens de NMa hier geen sprake. Om te beginnen bestaat tuchtrechtelijke waarborging van de kwaliteit van de huisartsenzorg. Afspraken die betrekking hebben op de kwaliteit of op het bestaan van waarnemingsafspraken als zodanig (dus los van het uitsluiten van deelname aan deze waarneming) worden bovendien door de NMa al geaccepteerd.

### Merkbaarheid

De vraag is of de besluiten van de LHV de mededinging niet slechts op zeer geringe wijze beperken. Hier haalt de NMa aan dat 95 procent van de huisartsen LHV-lid is: er is dus weinig tot geen ruimte om samenwerking te zoeken met huisartsen die geen lid zijn van de LHV. Van tegendruk is weinig sprake omdat de huisartsen beschikken over een sterke positie tegenover de zorgverzekeraars. Opmerkelijk genoeg gaat de NMa niet in op de rol van commerciële partijen of het aandeel vrije vestiging. Deze vormt 20 procent van de vestiging – want 80 procent solliciteert gewoon bij werkgevers en aspirant-maatschapgenoten in plaats van bij concurrenten. Ook van wilde vestiging zijn geen cijfers beschikbaar.

### Wettelijke uitzondering

De NMa bespreekt de verschillende elementen van artikel 6 lid 3 Mw omdat de Aanwijzingen zelf een verwijzing naar het begrip doelmatigheid bevatten. Volgens de NMa was niet gebleken dat de Aanbevelingen leidden tot doelmatigheidsverbetering in de huisartsenzorg; dat zij zich niet beperken tot overschotsituaties of aangrijpen bij het probleem van overdeclareren. Het document Vestiging maakte melding van ‘witte vlekken’: gebieden binnen Nederland met een tekort aan huisartsen. De NMa vond geen bewijs van het bestaan van dergelijke

13. HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, Jur. 2002, p. I-1653.

witte vlekken nu de verschillen in huisartsendichtheid in Nederland klein zijn. Vanwege het ontbreken van doelmatigheidsvoordelen die dus ook niet aan de consument konden worden doorgegeven, werd dan ook niet voldaan aan de eisen van artikel 6 lid 3 Mw.

### Overtreding

Op grond van de hierboven samengevatte analyse stelde de NMa vast dat sprake was van een besluit van de LHV als ondernemersvereniging dat in strijd was met artikel 6 lid 1 Mw. De periode die in aanmerking genomen werd, was die van 27 mei 2008 toen de Aanbevelingen op het besloten deel van de website werden geplaatst tot het moment van aannemen van het Besluit. De LHV, een rechtspersoon, werd als overtreder aangemerkt.<sup>14</sup>

### Sanctie

De in het Besluit opgelegde sanctie bestaat uit een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom. Bij het bepalen van de hoogte van deze boete heeft de NMa de Boetebeleidsregels van de minister van Economische Zaken toegepast.<sup>15</sup> De Boetebeleidsregels worden toegepast op de gehele duur van de overtreding omdat deze nog voortduurt na 1 oktober 2009, de datum waarop zij inwerking zijn getreden. In beginsel wordt hierbij voor een ondernemingsvereniging geënt op (10 procent van) de omzet van de betrokken ondernemingen: bij een omzet van 2 miljard euro zou dat 200 miljoen euro geweest zijn. Dit vindt de NMa begrijpelijkerwijs te gortig (vele huisartsen zouden bij die boete failliet gaan), getuige de zinsnede 'Dit geeft aanleiding tot het hantieren van een andere boetegrondslag, waarbij het uitgangspunt van preventieve werking en het vereiste van proportionaliteit in aanmerking worden genomen.' De NMa stelt op basis van één jaar zonder nadere motivering een 'passend' bedrag van 750.000 euro vast dat vermenigvuldigd met de duur van de overtreding van drie jaar en zeven maanden 2.685.000 euro oplevert. Gezien de – naar de mening van de NMa – ernst van de overtreding (hoog marktaandeel maar geen direct effect op de tarieven) kwalificeert de NMa haar als zwaar en legt een vermenigvuldigingsfactor van 2,5 op tot een basisboete van 6.712.500 euro.

Als boeteverhogende omstandigheid wordt een verhoging van 10 procent opgelegd aangezien de LHV na haar geweigerde aanvraag om een ontheffing uit 2001 goed op de hoogte mocht worden geacht van de grenzen van de Mw. Omdat de LHV bovendien heeft toegezegd de boete die wordt opgelegd aan de feitelijk leidinggevendenden te zullen betalen wordt haar een extra verhoging van 5 procent opgelegd. Hieruit volgt een totale boete die op 1.000 euro wordt afgerond van 7.719.000 euro. De NMa verworpt hierbij de door de LHV ingebrachte tegenwerping dat recidive niet als boeteverhogende omstandig-

heid kan gelden, op grond van het argument dat de in artikel 13 van de Boetebeleidsregels opgesomde omstandigheden niet limitatief zijn.

Ten slotte legt de NMa, omdat sprake is van een voortdurende overtreding, aan de LHV een last onder dwangsom van 1.000 euro per dag (met een maximum van 650.000 euro) op om de Aanbevelingen in te trekken op een voor alle leden van de LHV en de regionale kringen duidelijke wijze, te weten schriftelijk en binnen zes weken. Dit is inmiddels gebeurd.

## Conclusies

De zorg is een aandachtsgebied van de NMa. Tegelijkertijd zijn de van overheidswege gesanctioneerde mededingingsbeperkingen nog steeds gemeengoed, zoals collectieve inkoop en afspraken over honoraria, dit laatste in het kader van de kostenbeheersing.<sup>16</sup> Op kartelgebied had de NMa zich de laatste jaren wellicht mede om die reden vooral beperkt tot de thuiszorg, die buiten het bereik van deze publieke interventie valt.<sup>17</sup> Vanuit dat perspectief is het positief dat de NMa de bakens verzet en haar pijlen nu ook op de curatieve zorg richt.

De NMa heeft naar onze mening aangetoond dat de LHV de Mededingingswet heeft overtreden, en dat vele jaren lang ondanks herhaalde waarschuwingen van de NMa. Gesteld dat de feiten waarop de NMa zich beroept juist zijn, geeft het Besluit niettemin aanleiding tot een aantal andere vragen en bedenkingen.

Ten eerste, wat drijft de NMa om een op het eerste gezicht stevige boete te eisen voor een vergrijp dat in termen van directe economische schade als licht gekwalificeerd kan worden?

De kwalificatie 'licht' is gebaseerd op het kleine marktaandeel van de getroffen toetreders en het deel van de omzet waar het vestigingsbeleid betrekking op heeft – alleen acute waarneming. Het gaat om minder dan 1 procent, terwijl de NMa bijvoorbeeld bij de fusie AMC-VZA een aandeel in de ziekenhuisopnames tot 5 procent al te klein vond om tot een merkbare mededingingsbelemmering te kunnen leiden.<sup>18</sup> Bovendien is het vestigingsbeleid niet geschikt om grotere commerciële praktijken als Artsenzorg of Zorgpunt te weren die immers helemaal geen waarnemingsregeling nodig hebben. Je zou daarmee kunnen concluderen dat het negatieve effect van het vestigingsbeleid voor de totale werking van de markt voor huisartsenzorg onbeduidend is.

14. Los van besluit nr. 6888/435 (LHV) heeft de NMa zoals reeds vermeld ook twee natuurlijke personen als feitelijk leidinggevendenden voor deze inbreuk verantwoordelijk gesteld in een separaat besluit.

15. Beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Stcrt.* 2009, 14079.

16. Zoals de Afspraken tussen de Orde van Medisch Specialisten, de NVZ-vereniging van ziekenhuizen en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) over de bekostiging van vrij gevestigd medisch specialisten in de periode 2012-2014, 31 mei 2011; Bestuurlijk hoofdlijnenakkoord 2012-2015 tussen zorgaanbieders, zorgverzekeraars en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) over een beheerste kostenontwikkeling van de ziekenhuiszorg, 4 juli 2011.

17. Besluit NMA 19 september 2008, zaak 5851/211 (*Thuiszorg 't Gooi*); besluit NMA 19 september 2008, zaak 6108/258 (*Kennemerland*); besluit NMA 21 april 2011, zaak 6109/814 (*Caraat*).

18. Besluit NMA 24 juli 2009, zaak 6704 (AMC-VZA).

Een ander argument zou kunnen zijn dat de strekking van de beperking ter discussie staat: uiteindelijk worden er kennelijk bij ‘vacatures’ inderdaad toch huisartsen ‘toegelaten’, zij het na een vorm van plaatselijke ballottage. Dit zou een mildere vorm van gebiedsverdeling impliceren. Of zouden de op deze wijze toetredende huisartsen inderdaad hebben moeten beloven om niet scherp te concurreren (op welke parameters, het Besluit noemt als voorbeeld eigenlijk alleen het invoeren van avondsprekuren?) en is dit het bezwaar? Maar wat zijn dan de handhavingmechanismen ten bate van de status quo wanneer een huisarts eenmaal met instemming is toegetreden en wat is in een dergelijk geval de rol van de verzekeraar?

Deze argumenten lijken aan de poten van het Besluit te zagen.<sup>19</sup> Hier staan wel sterke argumenten tegenover.

In een markt waar al flinke barrières voor concurrentie zijn (zoals eerder genoemde trouwheid van patiënten en de relatief lage hoeveelheid huisartsen waardoor er ook niet veel te kiezen is) weegt een extra barrière zwaar. Een wilde vestiging mag daarom niet om oneigenlijke gronden zoals het realiseren van een evenwichtig huisartsenaanbod gefrustreerd worden door de LHV, ook al betreft het op dit moment een klein percentage. Bovendien zegt dit kleine percentage niet veel. Misschien willen veel meer artsen zich vestigen of willen ze zich op een andere manier vestigen, maar zien ze zich door het vestigingsbeleid geblokkeerd of gefrustreerd. Bovendien, ook voor grotere praktijken die niet van waarnemingen afhankelijk zijn, is het niet eenvoudig zomaar een patiëntenbestand op te bouwen. Het is zelfs moeilijker omdat men voor een commerciële groepspraktijk een veel groter aantal patiënten nodig heeft om rendabel te zijn dan een solovestiging. Door fijnmaziger toetreding op individuele basis te frustreren wordt door de LHV dus een relatief hoge barrière opgeworpen op een onderdeel (toetreding) dat relatief belangrijk is voor de concurrentie op de markt. Men moet zich daarom niet blind staren op zo’n klein percentage. Kortom, het vestigingsbeleid leidt tot een ongewenste verstoring van de keuze tot toetreding.

Weliswaar is de schade op korte termijn mogelijk beperkt, op langere termijn is er schade te verwachten die zich in allerlei hoedanigheden kan aandienen. Aanbieders op andere zorgmarkten kunnen van mening zijn dat ze straffeloos de Mededingingswet kunnen negeren, de huisartsen zelf kunnen in de toekomst mogelijk rechten ontlenen aan coulant gedrag van de NMa en reeds door de NMa gestrafte zorgverleners (bijvoorbeeld thuiszorginstellingen) kunnen zich benadeeld voelen.

De NMa verwerpt terecht een eventueel verzachtende omstandigheid dat de LHV (en de zorgsector in bredere zin) nog niet precies zou weten wat nu wel en niet mag op het gebied van de Mededingingswet. Men was

immers gewaarschuwd. Mede in dat licht zou het gezag van de NMa op zorgmarkten onder druk komen te staan als men hierin niet had opgetreden.

Het is wel een gemiste kans dat de NMa de discussie over merkbaarheid relatief gemakkelijk afdoet. Ook komt de onderbouwing van de hoogte van de boete als arbitrair over, vooral de keuze van de boetegrondslag. Daar staat tegenover dat dit in een boetebedrag van ongeveer 850 euro per huisarts resulteert, hetgeen minder willekeurig en meer concreet voorkomt en aan andere gebruikelijke boetes voor overtredingen van wettelijke voorschriften had kunnen worden gerelateerd. En 850 euro per huisarts klinkt in de media ook al anders dan de kleine 8 miljoen euro die de voorpagina’s van alle kranten domineerde. De NMa legt het verband tussen de boete en een bedrag per huisarts niet, waarschijnlijk omdat zij zich gebonden acht aan de logica van de boeterichtsnoeren waarbij dergelijke uitkomsten zoals we hierboven hebben gezien op een andere manier afgeleid worden. Het staat te bezien hoe hierop in bezwaar en beroep geoordeeld zal worden.

Men kan zich in het licht van bovenstaande afvragen waarom de jurisprudentie in toenemende mate een groter belang lijkt te hechten aan merkbaarheid bij kartels. Het verschil tussen een kartel en misbruik van een economische machtspositie is dat misbruik doorgaans economische handelingen betreft die ook heel vaak *business as usual* zijn, zoals prijsdiscriminatie, koppelverkoop of *exclusive dealing*. Daarom moet de NMa in dergelijke gevallen aantonen dat in het onderhavige geval de handelingen schadelijk zijn en niet redelijkerwijze te interpreteren kunnen zijn als *business as usual*. Kartels zijn vrijwel nooit *business as usual*, zelfs niet in de zorg. Het ligt daarmee voor de hand dat er bijzondere omstandigheden moeten zijn die kartelpraktijken eventueel kunnen rechtvaardigen. Daarmee is ook verklaard waarom het grootste deel van de bewijslast bij het kartel ligt.

Uiteindelijk is het in economische zin alleen van belang in welke mate de welvaart netto geschaad wordt of niet. Als de NMa dus een marginale toets doet op merkbaarheid en er blijkt uit dat er alle reden is om te vermoeden dat er substantiële schade ontstaat als gevolg van de handelingen van het kartel, kan men daarmee volstaan. Als die toets echter uitwijst – zoals in dit geval – dat het misschien niet zo duidelijk is in welke mate er sprake is van schade, zou het ons inziens logisch geweest zijn als de NMa de analyse had uitgebreid.

Ten tweede, wat bezielt de LHV om willens en wetens – en herhaald – dit risico te nemen? Het voordeel voor de huisartsen van een vestigingsbeleid zoals door de LHV geformuleerd lijkt als gezegd tamelijk klein. Men zou zelfs kunnen betogen dat de LHV ermee in zijn eigen voet schiet omdat het vestigingsbeleid de facto commerciële praktijken in het zadel helpt. Als immers de route van wilde vestiging is afgesloten, is de route richting commerciële vestiging (waar men niet van waarneming afhankelijk is) aantrekkelijker geworden.

Een plausibele verklaring zou kunnen bestaan in een algemene onwil van huisartsen om de consequenties te aanvaarden van het invoeren van het nieuwe zorgstelsel.

19. Hierboven noot 11 en 12. Zie ook CBb 28 oktober 2005, LJN AU5316 (*Modint/NMa*). In de rechtszaak over prijsadviezen van beroepsverenigingen voor eerstelijnspsychologen bepaalde zowel de Rechtbank Rotterdam als het CBb dat deze niet ertoe strekten om de mededinging te beperken nu prijs in de betreffende markt mogelijk geen concurrentieparameter was.

Huisartsen hebben naar verluidt massaal een hekel aan marktwerking gezien de vele negatieve uitlatingen van vertegenwoordigers van de beroepsgroep in de media. Dit is opmerkelijk omdat zij volgens de NZa er financieel op vooruit zijn gegaan sinds de invoering en ook niet te beroerd zijn om allerlei nieuwe kansen die het stelsel biedt op te pikken (zoals ketenzorg of gezondheidscentra).<sup>20</sup> Huisartsen lijken acties van het ministerie, de verzekeraars, de NZa of de NMa doorgaans te beschouwen als interventies die hun autonomie op hinderlijke wijze ondermijnen.

Maar als men het niet eens is met de manier waarop de overheid met belastinggeld omgaat, legitimeert dat nog geen belastingontduiking. De boete van de NMa fungeert dus deels als een *reality check* voor de sector, zeker omdat de LHV meerdere malen was gewaarschuwd.

De NMa heeft naar onze mening gelijk dat zij er werk van maakt om het vestigingsbeleid van de LHV aan te pakken, maar had de merkbaarheid beter kunnen of moeten onderbouwen. Door de principiële opstelling van de NMa en het onverbeterlijke gedrag van de LHV, lijkt deze casus nog het meest op een politiemans die elke dag een kruimeldief betrapt. De waarschuwingen van de politiemans worden genegeerd. Na voor de zoveelste keer uitgelachen te zijn, krijgt de politiemans er genoeg van. Laat die kruimeldief maar eens een nachtje brommen.

20. In zijn Huisartsenmonitor 2008 constateert de NZa: 'De gemiddelde omzet per huisarts is hierdoor met € 50.000 gestegen tussen 2005 en 2007.' Hierboven, noot 7.