

Beschikking inzake klacht over tariefvaststelling door de Curaçaosche Huisartsen Vereniging voor particuliere ziektekostenverzekerden

Zaaknummer: A.0027.18/2

Beschikking van de Fair Trade Authority Curaçao op grond van artikel 6.1, derde en vierde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie (P.B. 2016, No. 16).

De Fair Trade Authority Curaçao heeft het volgende besloten:

I. Inleiding

1. Op 20 juli 2018 ontving de Fair Trade Authority Curaçao (hierna: “**FTAC**”) een aanvraag van de Curaçao and Bonaire Insurance Association om een beschikking te nemen inzake een mogelijke overtreding van de Landsverordening inzake concurrentie. De FTAC heeft deze aanvraag in behandeling genomen en onderzoek verricht. Dit document is het besluit op de aanvraag van de CBIA.

II. Betrokken partijen

Klager

2. De aanvraag is ingediend door de Curaçao and Bonaire Insurance Association (hierna: “**CBIA**”). Volgens haar statuten¹ behartigt de CBIA de algemene belangen van de verzekeringssector op Curaçao en Bonaire en van de leden. Zij bevordert en houdt in stand de goede naam van de verzekeringssector op Curaçao en Bonaire.

Beklaagde

3. Beklaagde in deze zaak is de Curaçaosche Huisartsen Vereniging (hierna: “**CHV**”). Volgens haar statuten² heeft de CHV onder andere als doel het bevorderen van de eerstelijns gezondheidszorg op Curaçao, het behartigen van de beroeps- en maatschappelijke belangen van huisartsen op Curaçao en het oplossen van geschillen tussen huisartsen onderling en tussen huisartsen en derden, door middel van bemiddeling en het geven van bindend advies.

III. Kwalificatie van de aanvraag

4. Artikel 6.1, derde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie bepaalt dat een klacht van een *belanghebbende* inzake een mogelijke overtreding door een of meer ondernemingen van het bepaalde bij of krachtens deze landsverordening wordt beschouwd als een aanvraag. Indien een belanghebbende een klacht wil indienen bij de FTAC dient zij de gegevens en bescheiden te verschaffen die nodig zijn voor de beoordeling van de aanvraag en waarover de aanvrager redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.³ De FTAC heeft hiertoe het formulier “klacht over mogelijke overtreding kartelverbod of misbruik machtspositie” beschikbaar gesteld ten kantore van de FTAC en op de FTAC-website.⁴

¹ Dossierstuk 1A, artikel 4 van de Statuten van de CBIA dd.7 december 2012/3534/FO/1.

² Dossierstuk 2A, artikel 2 van de Statuten van de CHV dd. 17 augustus 2018/ S13492/HS/CK/cf.

³ Vgl. artikel 4:2 Nederlands Awb.

⁴ Vgl. artikel 4:4 Nederlands Awb.



5. De leden van de CHV verlenen medische diensten tegen betaling/vergoeding. De leden van de CBIA zijn afnemers van de diensten van de leden van de CHV ten behoeve van consumenten met een particuliere ziektekostenverzekering. De CBIA is een vereniging die de algemene belangen van haar leden en de verzekeringssector op Curaçao en Bonaire behartigt. Voor rechtspersonen zoals verenigingen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Mede gelet op de statutaire doelstelling van de CBIA beschouwt de FTAC de CBIA op deze basis als een belanghebbende in de zin van artikel 1.1, onder b., van de Landsverordening inzake concurrentie.
6. CBIA heeft op 20 juli 2018 een volledig ingevuld klachtenformulier bij de FTAC ingediend en voldoende relevante gegevens en bescheiden verstrekt. Er is hiermee sprake van een aanvraag in de zin van artikel 6.1, derde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie.

IV. Verloop van de procedure

7. De CBIA heeft de FTAC op 30 mei 2018⁵ per brief benaderd. Aanleiding voor de brief was de intrekking van Landsbesluit houdende Algemene Maatregelen, PB 1986, no. 120, dat de tarieven voor huisartsen en medisch specialisten regelde. In de brief zegt de CBIA te menen dat medische tarieven bij landsbesluit vastgesteld dienen te worden en dat concurrentie daarbij geen rol kan spelen. In de visie van de CBIA zou de FTAC een ontheffing moeten verlenen conform artikel 3.5, lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie. De CBIA vraagt de FTAC om een standpunt in deze kwestie.
8. Naar aanleiding van de brief van 30 mei 2018 heeft de FTAC de CBIA op 11 juni 2018 uitgenodigd ten kantore van de FTAC voor een toelichtingsgesprek.⁶ De CBIA was vertegenwoordigd door mevrouw G. Coco-Libier (voorzitter), mevrouw L. Bermudez (vice-voorzitter) en de heer R.P.J. Lieuw (secretaris). De CBIA legde de vraag aan de FTAC voor of een eenzijdige actie van de CHV om de consulttarieven voor particuliere zorgverzekerden te verhogen niet tegen de Landsverordening inzake concurrentie is en of vernoemde partij ontheffing kan krijgen van de FTAC. De CBIA stelde dat de CHV in een overleg op 1 juni 2018 met het bestuur van de CBIA aan de CBIA heeft medegedeeld dat de consulttarieven per 1 juni 2018 zijn verhoogd. Ter onderbouwing van het gestelde heeft de CBIA een lijst met huisartsentarieven met ingangsdatum 1 juni 2018 overgelegd.⁷
9. De FTAC heeft in dit gesprek een korte toelichting gegeven op het kartelverbod en het verschil tussen een signaal en een klacht bij de FTAC. De FTAC heeft toegelicht dat een collectieve vaststelling van tarieven een concurrentiebeperkend doel of effect kan hebben en daardoor in strijd met de Landsverordening inzake concurrentie kan zijn.
10. Op 25 juni 2018 heeft de FTAC de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur schriftelijk benaderd. Aanleiding voor de FTAC om de Minister te benaderen, was dat de tarieven voor particuliere zorg tot enkele jaren geleden door de Minister op basis van een Landsbesluit werden vastgesteld.⁸ Op 28 juli 2015 is deze

⁵ Dossierstuk 3, Brief CBIA dd. 25 mei 2018 ontvangen door de FTAC op 30 mei 2018.

⁶ Dossierstuk 4, 1^e gespreksverslag FTAC met CBIA dd. 11 juni 2018.

⁷ Dossierstuk 1C, Excelbestand lijst huisartsentarieven per 1 juni 2018.

⁸ Dossierstuk 1B en 1B.1, Landsbesluit houdende Algemene Maatregelen, PB 1986, no. 120.



tariefregulering ingetrokken.⁹ De Minister is geïnformeerd dat bij afwezigheid van tariefregulering de FTAC op basis van de Landsverordening inzake concurrentie optreedt tegen het collectief vaststellen van prijzen.¹⁰

11. Op 25 juni 2018 is naar aanleiding van het toelichtingsgesprek met de CBIA en de door de CBIA verstrekte documentatie¹¹ de CHV schriftelijk uitgenodigd voor een gesprek op 3 juli 2018 ten kantore van de FTAC. Dit gesprek is uiteindelijk verplaatst naar 11 juli 2018.
12. Op 11 juli 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de FTAC en de CHV ten kantore van de FTAC¹². Het bestuur van de CHV was vertegenwoordigd door de heer W.S. Elhage (voorzitter) en de heer I. Samander (lid). De FTAC heeft tijdens dit overleg aan de vertegenwoordigers van de CHV de werking van Landsverordening inzake concurrentie, met name het kartelverbod (artikel 3.1) toegelicht. De CHV bevestigde desgevraagd hun voornemen gezamenlijk hun consulttarieven aan te passen, zoals vastgelegd op de nieuwe tarievenlijst.
13. De FTAC en de CHV zijn tijdens dit overleg overeengekomen dat de CHV per direct hun leden en de CBIA schriftelijk zal informeren dat de collectieve tariefvaststelling ingetrokken wordt vanwege de inbreuk op de concurrentieregels.
14. Op 20 juli 2018 heeft de CBIA een klacht ingediend bij de FTAC. Met de klacht vraagt de CBIA of een besluit van de CHV om collectief de tarieven voor particulier verzekerde patiënten te verhogen in lijn is met de concurrentieregels. Ter ondersteuning van de klacht voegde de CBIA een tarievenlijst van de CHV bij d.d. 1 juni 2018.¹³
15. Op 23 juli 2018 is door de FTAC een ontvangstbevestiging¹⁴ met betrekking tot de ingediende klacht toegestuurd aan de CBIA.
16. Op 27 augustus 2018 heeft de FTAC per email¹⁵ een afschrift ontvangen van de brief dd. 22 augustus 2018 van de CHV naar hun leden aangaande de intrekking van de tariefafspraken.
17. Op 5 september 2018 heeft een vervolgggesprek plaatsgevonden tussen de FTAC en de CBIA ten kantore van de FTAC. Tijdens dit gesprek is de CBIA geïnformeerd over de behandeling van de klacht. De CBIA was tijdens deze vergadering vertegenwoordigd door mevrouw G. Coco-Libier, mevrouw L. Bermudez en de heer R.P.J. Liew, secretaris.
18. Tijdens het gesprek heeft de FTAC aangegeven dat gezien het feit dat de CHV de afspraken heeft ingetrokken en dat de CBIA ook door de vereniging geïnformeerd is over deze ontwikkeling, dat de FTAC de klacht als afgehandeld beschouwd en de procedure dan ook gaat afsluiten. De CBIA heeft tijdens deze bijeenkomst gemeld dat zij het vermoeden heeft dat de CHV, ondanks de met de FTAC gemaakte afspraken op 11 juli 2018, toch uitvoering geeft aan de voorgenomen collectieve prijsverhoging van consulttarieven. De CBIA zegt toe hiervoor het nodige ondersteunende bewijsmateriaal aan de FTAC te doen toekomen.

⁹ Dossierstuk 3A, Landsbesluit d.d. 28 juli 2015, PB 2015, no. 35.

¹⁰ Dossierstuk 5, Brief FTAC aan Minister GMN dd. 25 juni 2018.

¹¹ Dossierstuk 1C, Excelbestand lijst huisartsentarieven per 1 juni 2018.

¹² Dossierstuk 6, 1^e gespreksverslag FTAC met CHV d.d. 11 juli 2018.

¹³ Dossierstuk 1, klachtenformulier dd. 20 juli 2018 en Dossierstuk 1.2, Excelbestand lijst huisartsentarieven per 1 juni 2018.

¹⁴ Dossierstuk 7, brief FTAC aan de CBIA d.d. 23 juli 2018 en Dossierstuk 7A, email FTAC aan de CBIA dd. 20 juli 2018.

¹⁵ Dossierstuk 2, email CHV d.d. 27 augustus 2018 aan de FTAC.



19. Op 17 september 2018 heeft de FTAC de CBIA een herinnering gestuurd om voornoemd materiaal te presenteren.¹⁶ De FTAC heeft geen reactie mogen ontvangen van de CBIA.
20. Op 25 oktober 2018 heeft de FTAC de CHV gevraagd naar de door CBIA gestelde uitvoering van de voorgenomen collectieve prijsverhoging van consulttarieven. De CHV heeft ontkend alsnog uitvoering te geven aan de collectieve prijsvaststelling.¹⁷

V. De klacht

21. CBIA heeft een klacht ingediend tegen de Curaçaosche Huisartsen Vereniging. In haar aanvraag verzoekt de CBIA de FTAC om te onderzoeken of de handelswijze en besluitvorming van de CHV in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Landsverordening inzake concurrentie, meer in het bijzonder hoofdstukken 3 en 4 van deze Landsverordening betreffende beperking van de (vrije) concurrentie en/of machtsmisbruik. Ter onderbouwing van de klacht verwijst de CBIA naar een gesprek tussen de CHV en het bestuur van de CBIA op 1 juni 2018 waarin zou zijn medegedeeld dat de huisartsen collectief hun tarieven per 1 juni 2018 hebben verhoogd.

VI. Beoordeling

JURIDISCH KADER

22. Artikel 3.1 van de Landsverordening inzake concurrentie luidt:
 1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de concurrentie op de Curaçaose markt of een deel daarvan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
 2. In strijd met het eerste lid zijn in ieder geval de overeenkomsten tussen concurrenten, besluiten van ondernemersverenigingen waarvan concurrenten deel uitmaken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van concurrenten die bestaan uit, direct of indirect:
 - a. het bepalen van verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden;
 - b. het bepalen van inschrijfprijzen of andere biedingsvoorwaarden in geval van aanbestedingen;
 - c. het beperken of controleren van productie of afzet, waaronder gezamenlijke leveringsweigering;
 - d. het verdelen van markten.
 3. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn nietig.

TOEPASSING VAN HET JURIDISCH KADER OP DE ONDERHAVIGE KLACHT

23. Hieronder zal de FTAC beoordelen of de beslissing van de CHV om de consulttarieven van huisartsen per 1 juni 2018 collectief te verhogen kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging dat de strekking of het gevolg heeft de concurrentie te beperken als bedoeld in artikel 3.1 van de Landsverordening inzake concurrentie. De FTAC zal achtereenvolgens beoordelen of er sprake is van een (i) ondernemersvereniging; (ii) een besluit; en (iii) of het besluit de strekking of het gevolg heeft de concurrentie op de Curaçaose markt of een deel daarvan merkbaar te verhinderen, beperken of vervalsen.

¹⁶ Dossierstuk 9, email FTAC d.d. 17 september 2018 aan CBIA rappel aangaande mogelijke voortzetting prijsafspraken CHV.

¹⁷ Dossierstuk 10. 2e Gespreksverslag FTAC met CHV d.d. 25 oktober 2018.



(i) *De CHV is een ondernemersvereniging*

24. Het kartelverbod is van toepassing op “ondernemingen” en “ondernemersverenigingen”. De Memorie van Toelichting bij de Landsverordening inzake concurrentie stelt bij dit begrip: “[Het begrip onderneming] is overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd.¹⁸ Het is gangbaar bij de bepaling van de toepasselijkheid van concurrentieregels op entiteiten te abstraheren van de juridische context en primair te kijken naar de economische aard van de eenheid. Daarbij wordt sterk gekeken naar zowel de aard van de activiteiten van de eenheid als de omvang ervan.
25. In de Memorie van Toelichting van de Landsverordening inzake concurrentie wordt het begrip ‘economische activiteit’ beschreven als volgt: “voor wat betreft de aard van de activiteiten wordt een economische activiteit doorgaans benaderd als het aanbieden van goederen en/of diensten op een markt. Voor de economische aard is niet relevant welke rechtsvorm de eenheid heeft, hoe deze wordt gefinancierd en of deze een winstoogmerk heeft”.
26. De leden van de CHV zijn in huisartsenpraktijken ondergebracht en bieden vanuit hun praktijk eerstelijnszorg aan patiënten tegen betaling. Deze dienst wordt geboden aan patiënten op Curaçao. Voor de meerderheid van de patiënten, verzekerden via de basisverzekering, wordt deze dienst vergoed via de Sociale Verzekeringsbank (hierna: “SVB”). Hier krijgen de huisartsen een vaste vergoeding voor. Deze tarieven zijn gereguleerd en komen tot stand in overleg tussen de CHV, de SVB en de overheid.
27. De leden van de CHV bieden naast verzekerden met een basisverzekering bij de SVB zorg aan particulier verzekerden aan. Het overgrootste deel van deze patiënten zijn verzekerd via de leden van de CBIA. Tot medio 2015 waren ook deze tarieven gereguleerd en kwamen tot stand in overleg tussen de CBIA, de CHV en de overheid. Sinds de intrekking van het Landsbesluit van 6 oktober 1986 (PB 1986 no. 120), dat de medische tarieven voor particulier verzekerden reguleerde, bij Landsbesluit van 28 juli 2015 (PB 2015 no. 35), zijn de leden van de CHV vrij om zelfstandig tarieven vast te stellen voor de diensten die zij aanbieden aan particulier verzekerden.
28. Uit het voorgaande blijkt dat de leden van de CHV en/of hun huisartsenpraktijken conform de begripsbepalingen in de Landsverordening inzake concurrentie als een onderneming kunnen worden gekwalificeerd. De leden verrichten een economische activiteit door een dienst te verlenen tegen een vergoeding, in dit geval eerstelijnszorg aan particulier verzekerden. De leden kunnen volgens de vigerende regelgeving op de markt voor particulier verzekerden zelfstandig tarieven voor de verleende dienst vaststellen.
29. Nu is vastgesteld dat de leden van de CHV ondernemingen zijn is de vervolgvraag of de CHV een ondernemersvereniging is. Volgens de Memorie van Toelichting bij de Landsverordening is ook dit begrip overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient het op dezelfde wijze te worden uitgelegd. Een ondernemersvereniging is elk verband waarin twee of meer ondernemingen zich organiseren. Een dergelijke vereniging hoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben, maar kan bijvoorbeeld ook een stichting zijn. Een vereniging van vrije beroepsbeoefenaren is ook een ondernemersvereniging. Het juridische karakter is hiervoor niet bepalend. Ook indien de organisatie geen rechtspersoonlijkheid heeft maar is vormgegeven in slechts een samenwerkingsverband kan sprake kan zijn van een ondernemersvereniging in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie.

¹⁸ Memorie van Toelichting Landsverordening inzake concurrentie, p. 32 en 33.



30. Zoals hierboven beschreven zijn de leden van de CHV en/of de praktijken waar zij deel van uitmaken ondernemingen. Deze ondernemingen zijn georganiseerd via de CHV. De CHV is daarmee een ondernemingsvereniging in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie. Het betreft een statutair opgerichte entiteit, door vrije beroepsbeoefenaars, met actieve leden die een contributie betalen en inspraak hebben in de besluitvorming.

(ii) De beslissing om de tarieven te verhogen is een besluit

31. De volgende vraag is of de tariefvaststelling door de CHV gekwalificeerd kan worden als een besluit van een ondernemersvereniging. Ook het begrip “besluit van een ondernemersvereniging” is volgens de Memorie van Toelichting bij de Landsverordening overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd.

32. Het begrip besluit van een ondernemersvereniging moet volgens de Europese jurisprudentie ruim worden uitgelegd. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dergelijk besluit, dient enerzijds te worden beoordeeld of sprake is van een getrouwe weergave van de wil van de vereniging (doorgaans op basis van (schriftelijke) communicatie door de vereniging) en anderzijds of die wil erop ziet marktgedrag te coördineren. Ten aanzien van dit laatste punt kan doorgaans worden aangenomen dat indien de vereniging zich in haar communicatie uitlaat over de (mogelijke) commerciële beslissingen van de leden, sprake is van een dergelijke wil om te coördineren. Dit leidt ertoe dat niet alleen maatregelen van de vereniging die leden verplichten bepaalde commerciële keuzes te maken onder dit begrip vallen, maar ook advisering omtrent dergelijke beslissingen die eenzelfde coördinerend doel of gevolg hebben.

33. De beslissing van de CHV om tarieven vast te stellen voor de zorg aan particuliere verzekerden en deze tarieven schriftelijk vast te leggen en te verspreiden onder leden en deze mede te delen aan hun afnemer de CBIA is een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie. Er is namelijk sprake van (schriftelijke) communicatie die tot doel had het marktgedrag van de leden van de CHV te coördineren in de vorm van een prijsvaststelling. Dit blijkt ook uit het feit dat de leden volgens de CHV¹⁹ volgens hun gedragscode verplicht waren de afgesproken tarieven te hanteren.

(iii) Het besluit heeft de strekking of het gevolg de concurrentie te beperken

34. De laatste stap is of het besluit van de ondernemersvereniging CHV de strekking of het gevolg had de concurrentie te beperken.

35. Een huisarts die zich richting potentiële patiënten positief onderscheidt van andere huisartsen, op prijs of andere parameters zoals kwaliteit en bereikbaarheid, kan meer patiënten aantrekken en daarmee meer omzet genereren. Huisartsen hebben daarmee een prikkel om zich ten opzichte van patiënten positief te onderscheiden. Op deze wijze concurreren huisartsen onderling.

36. Huisartsen concurreren verder om de gunst van particuliere ziektekostenverzekeraars. Huisartsen zijn voor een deel van hun omzet (het deel van de patiënten dat particulier verzekerd is) afhankelijk van een (inkoop)afpraak met een particuliere ziektekostenverzekeraar. Om deze reden hebben zij een prikkel om deze afspraken te maken. De particuliere ziektekostenverzekeraars hebben op hun beurt een prikkel om de eerstelijnszorg tegen een zo gunstig mogelijke prijs/kwaliteitverhouding in te kopen bij huisartsen. De

¹⁹ Dossierstuk 6 1e gespreksverslag FTAC met CHV d.d. 11 juli 2018 en dossierstuk 10, 2^e gespreksverslag FTAC met CHV dd. 25 oktober 2018.



afspraken inzake tariefstelling van de CHV beperkt de concurrentie tussen de leden van de CHV voor de gunst van de particuliere ziektekostenverzekeraars in Curaçao.

37. Ingevolge artikel 3.1, tweede lid onder a van de Landsverordening inzake concurrentie zijn besluiten van ondernemersverenigingen waarin verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden worden bepaald altijd in strijd met het kartelverbod van artikel 3.1 eerste lid aangezien deze altijd de strekking hebben de concurrentie te beperken.
38. Uit de feiten als hierboven weergegeven blijkt dat de CHV een tarievenlijst heeft opgesteld voor haar leden en deze als collectieve prijsvaststelling heeft gecommuniceerd aan de in de CBIA verenigde afnemers. De CHV verenigt een groot deel van de aanbieders van eerstelijnszorg via huisartsen aan patiënten in Curaçao.
39. Deze collectieve prijsvaststelling betreft een besluit van een ondernemersvereniging waarmee verkoopprijzen worden bepaald, heeft daarmee de strekking om de concurrentie te beperken, en is volgens artikel 3.1 eerste lid in strijd met het kartelverbod.
40. Volgens artikel 3.2 Landsverordening inzake concurrentie is de bagateluitzondering niet van toepassing op een dergelijke afspraak, en volgens artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie is geen ontheffing mogelijk.
41. Het feit dat volgens de CHV de prijsvaststelling niet is geëffectueerd, en later op verzoek van de FTAC op 22 augustus 2018 is ingetrokken, doet niet af aan de concurrentiebeperkende *strekking* van het besluit van de CHV om de prijzen collectief vast te stellen. Volgens artikel 3.1 lid 1 zijn besluiten van ondernemersverenigingen die ertoe strekken *of* ten gevolge hebben de concurrentie te beperken verboden. In het geval van een concurrentiebeperkende strekking is het daarmee niet meer nodig om de eventuele gevolgen of implementatie in ogenschouw te nemen.²⁰ Hier komt bij dat volgens artikel 3.1 lid 2 het bepalen van verkoopprijzen “in ieder geval” verboden is, oftewel los van eventuele gevolgen of implementatie. De intrekking van de collectieve prijsvaststelling speelt wel mee in het kader van de wijze van afhandeling van de klacht, zie hieronder onder “sanctie”.

VERWEER VAN DE CHV

42. De CHV stelt niet op de hoogte te zijn geweest van de inwerkingtreding van de Landsverordening inzake concurrentie. Verder meent zij dat de concurrentieregels geen betrekking zouden moeten hebben op medische tarieven.
43. De CHV brengt ook naar voren dat de overheid de afgelopen 30 jaar de huisartstarieven door middel van prijsregulering laag heeft gehouden. Door de toetreding van ambtenaren tot de basisverzekering ziektekosten is het landsbesluit dat de tarieven reguleerde komen te vervallen. CHV heeft gemeend tarieven te moeten vaststellen om ‘chaos’ te voorkomen waarmee de zorg in gevaar zou komen.
44. Ten slotte stelt de CHV dat de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur en de Inspectie voor de Volksgezondheid op de hoogte waren van de collectieve prijsvaststelling en geen bezwaren hebben geuit.

²⁰ Vgl. e.g. Hof van Justitie EU Zaak 56&58-64 (Consten & Grundig) en Hof van Justitie EU Zaak C-49-92 (Anic), r.o. 123.



REACTIE FTAC OP HET VERWEER VAN DE CHV

Niet op de hoogte van de Landsverordening inzake concurrentie

45. De CHV voert als argument niet op de hoogte te zijn geweest van de inwerkingtreding van de Landsverordening inzake concurrentie. Uit het beginsel ‘nulla poena sine culpa’ volgt dat een vereiste voor bestraffing voor overtreding is dat de overtreder een verwijt te maken valt. Zelfs indien een onderneming zich puur objectief aan een overtreding schuldig heeft gemaakt, kan deze niet ter verantwoording worden geroepen indien de schending haar in subjectief opzicht niet valt te verwijten. Dit principe van ‘niet-verwijtbare dwaling’ is ook vastgelegd in artikel 7.7 van de Landsverordening inzake concurrentie. De CHV stelt te hebben gedwaald ten opzichte van het recht.
46. Niet elke rechtsdwaling leidt tot niet-verwijtbaarheid van een inbreuk. Alleen als (i) een onderneming of ondernemersvereniging heeft gedwaald ten opzichte van de rechtmatigheid van het gedrag én (ii) deze dwaling onvermijdbaar was, dan is er sprake van niet-verwijtbaarheid in het kader van inbreuken op concurrentieregels. Van een dergelijke onvermijdbare rechtsdwaling zal slechts zeer zelden sprake zijn. Dit kan alleen het geval zijn als een onderneming of ondernemersvereniging al het mogelijke heeft gedaan om een inbreuk te voorkomen. Indien een overtreding voorkomen had kunnen worden door passende voorzorgsmaatregelen is geen sprake van rechtsdwaling.²¹
47. De Landsverordening inzake concurrentie is publiek beschikbaar, onder andere via websites van de overheid en van de FTAC. De FTAC heeft ruim voor de periode van de inwerkingtreding van de verboden in de Landsverordening per 1 september 2017 en in de periode daarna aan ondernemers, ondernemersverenigingen en het brede publiek gecommuniceerd over het bestaan en de werking van de Landsverordening. Dit is gebeurd middels persberichten, interviews aan de media, voorlichtingssessies, brochures, website, sociale media en door middel van het aanschrijven van ondernemingen. De FTAC heeft in juli 2017 onder meer een aantal grote huisartsenpraktijken en medische centra een voorlichtingsbrief²² gestuurd. De CHV had zich op de hoogte kunnen, en moeten, stellen van de nieuwe regels.
48. In de Europese rechtspraak is geoordeeld dat zelfs indien een onderneming onkundig is over een mogelijke schending van de concurrentieregels, een inbreuk verwijtbaar is indien een onderneming niet onkundig kan zijn van het concurrentieverstorende karakter van haar gedrag.²³ Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen ondernemingen die rechtstreeks afspraken maken over verkoopprijzen evident niet onkundig zijn van het concurrentieverstorende karakter van hun gedrag.²⁴ Ook de CHV zou zich hebben moeten realiseren dat het collectief vaststellen van prijzen zou leiden tot een mogelijke concurrentieverstoring.

Landsverordening inzake concurrentie niet van toepassing op medische tarieven

49. De CHV meent verder dat de concurrentieregels niet van toepassing zouden moeten zijn op medische tarieven. De FTAC stelt vast dat met de intrekking van de landsbesluit van 6 oktober 1986 (PB 1986 no. 120), die de medische tarieven voor particulier verzekerden reguleerde per landsbesluit 28 juli 2015 (PB 2015 no. 35), de tarieven voor zorg aan particulier verzekerden aan vrije marktwerking onderhevig zijn. De

²¹ Zie ook de opinie van Advocaat-Generaal Kokott in de zaak Hof van Justitie EU C-681-11 (Schenker & Co. AG e.a.) van 28 februari 2013.

²² Dossierstuk 11, Voorlichtingsbrief FTAC van 13 juli 2017 aangaande de inwerkingtreding van de Landsverordening inzake concurrentie is verstuurd aan alle ondernemingen op Curacao met 5 of meer personeelsleden.

²³ Zie Hof van Justitie EU 18 juni 2013, zaak C-681-11 (Schenker & Co. AG e.a.), r.o. 37 en arresten van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 45; 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 107, en 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, Jurispr. blz. I-9555, punt 124.

²⁴ Zie Hof van Justitie EU 18 juni 2013, zaak C-681-11 (Schenker & Co. AG e.a.), r.o. 38.



Landsverordening inzake concurrentie is van toepassing op alle (niet gereguleerde) economische activiteiten op alle markten op Curacao. De medische sector vormt geen uitzondering.

50. De leden van de CHV zijn in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie vrije beroepsbeoefenaars (ondernemers) die een economisch activiteit verrichten middels het bieden van eerstelijnszorg aan particulier verzekerden tegen een vergoeding. De leden van de CHV zijn vrij om zelfstandig tarieven vast te stellen voor de diensten die zij aanbieden op deze markt. Bijgevolg de activiteiten van de CHV vallen onder de werking van de Landsverordening.

Zelfregulering noodzakelijk

51. De CHV voert ook aan dat de tarieven in de zorg 30 jaar zijn gereguleerd en dat de CHV heeft gemeend, na de intrekking van voornoemd reguleringsbesluit, over te moeten gaan tot het corrigeren van deze tarieven en zelfregulering toe te passen om chaos in de zorg te voorkomen.
52. De FTAC stelt vast dat toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg de verantwoordelijkheid zijn van de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur. De Minister is in deze het bevoegd gezag. Alleen het bevoegd gezag heeft de autoriteit om tarieven in de zorg te reguleren.
53. De gedragingen van de CHV zijn terug te voeren op het rechtskader dat sinds 1986 van toepassing is geweest. De FTAC stelt ook vast dat met de intrekking van de landsbesluit van 6 oktober 1986 (PB 1986 no. 120), die de medische tarieven voor particulier verzekerden reguleerde per Landsbesluit van 28 juli 2015 (PB 2015 no. 35), deze gedragingen krachtens vigerende regelgeving (sinds 2015) niet meer via regelgeving opgelegd zijn. De CHV is wellicht gewend geraakt om namens haar leden te onderhandelen en dat alle leden eenzelfde tarieven hanteren voor hun diensten. Maar het wettelijke kader hiervoor is komen te vervallen. Het bevoegd gezag heeft bepaald dat tariefregulering op de markt voor particuliere zorg niet meer van toepassing is. Daarmee zijn de leden van de CHV vrij om hun eigen tarieven vast te stellen en met elkaar te concurreren. Zij mogen dit zelfs niet meer afstemmen volgens de Landsverordening inzake concurrentie. Elke vorm van afstemming is sinds 1 september 2017 een concurrentiebeperking in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie. Dergelijke afstemming kan ook niet gerechtvaardigd worden vanuit de stelling dat er anders "chaos" zou optreden, aangezien het aan het bevoegde gezag is om, zo nodig, in te grijpen in de vrije prijsvaststelling.

Geen bezwaren bevoegd gezag

54. Tot slot stelt de CHV dat de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur en de Inspectie voor de Volksgezondheid op de hoogte waren van de collectieve prijsvaststelling en geen bezwaren hebben geuit.
55. De CHV heeft geen onderbouwing aangeleverd van de gestelde uitingen. Echter, zelfs als de Minister of een ambtenaar zich uitgelaten heeft volgens de stellingen van CHV, dan vormt dit geen rechtsgeldige basis voor de CHV om het initiatief te nemen om tot zelfregulering over te gaan en tarieven vast te stellen voor haar leden.
56. Indien een concurrentieverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze ondernemingen uitsluit, is het kartelverbod van de Landsverordening inzake concurrentie niet van toepassing. Het kartelverbod is echter wél van toepassing indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling de mogelijkheid van concurrentie openlaat die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst.²⁵

²⁵ Vergelijk Hof van Justitie EU 11 november 1997, zaak C-359-95 en C-379-95 (Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing), r.o. 33 en 34.



57. In het onderhavige geval is er geen sprake van een nationale wettelijke regeling waarin de prijsvaststelling aan de CHV wordt voorgeschreven. Prijsregulering heeft alleen een rechtsgeldige basis als deze door het bevoegd gezag volgens de toepasselijke procedure is vastgesteld en gepubliceerd. Hier is in het onderhavige geval geen sprake van. De mogelijkheid van concurrentie is door de overheid in dit geval opengelaten en de gedraging is daarmee in strijd met de concurrentieregels.

TUSSENCONCLUSIE BEOORDELING FTAC

58. De FTAC concludeert dat de handelswijze van de CHV kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging in strijd met artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie. Voor de tariefvaststelling door de huisartsen is conform artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie geen ontheffing mogelijk.

Beoordeling misbruik machtspositie

59. Hoewel klager in haar aanvraag de FTAC verzocht om te onderzoeken of de handelingen van de beklagde ook niet in strijd zijn met hoofdstuk 4 van de Landsverordening inzake concurrentie, is er geen onderbouwing ingediend voor een mogelijk misbruik van een machtspositie. De door de CBIA aan de FTAC ter onderbouwing van de aanvraag aangeboden documenten bevatte geen aanknopingspunten om dit onderdeel van de aanvraag nader te bestuderen.

VII. De overtreder

60. Overtredingen kunnen blijkens artikel 7.1 lid 3 Landsverordening inzake concurrentie worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. In dit geval wordt de CHV als overtreder aangemerkt.

VIII. Maatregel

61. In haar aanvraag verzoekt de CBIA de FTAC om te onderzoeken of de handelswijze en besluitvorming van de CHV in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Landsverordening inzake concurrentie, meer in het bijzonder hoofdstukken 3 en 4 van deze landsverordening zijnde beperking van de (vrije) concurrentie en/of machtsmisbruik. Specifiek verwijst de CBIA naar een gestelde collectieve tariefsverhoging per 1 juni 2018.
62. De FTAC heeft naar aanleiding van het signaal, en later de klacht, van de CBIA de handelswijze van de CHV getoetst op overeenstemming met de regels van de Landsverordening inzake concurrentie. De FTAC is tot de conclusie gekomen dat de handelswijze van de CHV kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging in strijd met artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie. Voor dit besluit is conform artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie geen ontheffing mogelijk.
63. De FTAC heeft een verplichting om overtredingen van de Landsverordening inzake concurrentie in beginsel te handhaven. Slechts in bijzondere omstandigheden kan de FTAC weigeren te handhaven, bijvoorbeeld indien er concreet zicht op legalisatie bestaat. In deze zaak heeft de FTAC op 25 juni 2018 de Minister van Gezondheidszorg, Milieu en Natuur geïnformeerd dat bij afwezigheid van tariefregulering de FTAC op basis van de Landsverordening inzake concurrentie optreedt tegen het collectief vaststellen van prijzen.²⁶ Aangezien de FTAC geen reactie heeft mogen ontvangen, ziet zij geen aanleiding om te vermoeden dat er concreet zicht is op legalisatie of hernieuwde tariefregulering.

²⁶ Dossierstuk 5, Brief FTAC aan Minister GMN dd. 25 juni 2018.



64. De verplichting om overtredingen in beginselen te handhaven laat onverlet dat gezien beperkingen van capaciteit en middelen overheidsorganen prioriteiten mogen stellen. Ook de FTAC ontvangt meer signalen en klachten over mogelijke overtredingen dan zij in de praktijk gelet op haar capaciteit in onderzoek kan nemen. De FTAC heeft ook de vrijheid in de keuze van het *instrument* voor handhaving, mits het gekozen instrument voldoende effectief is.²⁷
65. De FTAC overweegt het volgende bij de keuze voor het instrument voor handhaving.
66. Zoals de FTAC in haar jaarverslag over 2017 heeft gecommuniceerd, stimuleert de FTAC in de beginfase van de concurrentieregels een vrijwillige aanpassing van marktgedrag, waarbij de FTAC aanpassing van het marktgedrag kan faciliteren met guidance. De FTAC kan een mogelijk concurrentieprobleem trachten informeel op te lossen. Bij informele afhandeling maakt de FTAC afspraken met bedrijven of brancheverenigingen om tot gedragsverandering te komen. De FTAC zal deze afspraken monitoren.
67. De Landsverordening inzake concurrentie betreft nieuwe regelgeving waarvan de verboden in werking zijn getreden per 1 september 2017. Aan de andere kant waren de medische tarieven voor particulier verzekerde patiënten tot voor kort juist gereguleerd, waarbij de CBIA en de CHV gezamenlijk de tarieven bepaalden. Voor het overgrote deel van de tarieven in de zorg geldt nog steeds dat deze gereguleerd zijn middels de basisverzekering waarbij de CHV in dat verband wel onderhandeld namens haar leden. De CHV had hierdoor op twee vlakken te maken met veranderde regelgeving en een complexe situatie waarbij over bepaalde tarieven wél en over andere tarieven niet collectief onderhandeld mag worden.
68. Op basis van een gesprek met de FTAC heeft de CHV op 11 juli 2018 erkend dat haar handelen in strijd is met de Landsverordening inzake concurrentie en was zij bereid om vrijwillig de collectieve tariefstelling in te trekken. De tariefstelling was volgens de CHV ook nog niet geëffectueerd.
69. Onder deze omstandigheden acht de FTAC de weg van informele afhandeling het meest gepast om gedragsverandering te bewerkstelligen. De FTAC heeft daartoe de afspraak gemaakt met de CHV om de collectieve prijsvaststelling in te trekken en ingetrokken te houden. De FTAC zal deze afspraak monitoren en waar nodig handhavend optreden.
70. Bij de keuze van informele afhandeling als handhavingsinstrument weegt de FTAC ook haar onderzoekscapaciteit mee. Een formele procedure, met de opstelling van een rapport, beoordeling van zienswijzen en het opstellen van een sanctiebeschikking doet een groot beroep op de capaciteit van de FTAC. Met de gekozen informele afhandeling kan dezelfde gedragsverandering worden bewerkstelligd met de inzet van beperktere middelen.

IX. Conclusie

71. De FTAC concludeert dat de beslissing binnen de CHV om de consultarieven van huisartsen per 1 juni 2018 collectief te verhogen, kwalificeert als een besluit van een ondernemersvereniging dat in strijd is met artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie. Voor dit besluit is conform artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie geen ontheffing mogelijk. Voor een beoordeling van mogelijk misbruik van een machtspositie heeft de CBIA onvoldoende aanknopingspunten aangedragen.
72. De FTAC wijst de CHV aan als overtreder van artikel 3.1 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie.

²⁷ Vgl. CBb 15 juni 2011, r.o. 5.6.3.



73. Voor de keuze van het handhavingsinstrument concludeert de FTAC dat een informele afhandeling het meest gepast is. De FTAC heeft daartoe op 11 juli 2018 de afspraak gemaakt met de CHV om de collectieve prijsvaststelling in te trekken en ingetrokken te houden. De FTAC zal deze afspraak monitoren. Indien de CHV zich niet aan de afspraak houdt kan de FTAC conform artikel 7.1 van de Landsverordening inzake concurrentie handhavend optreden en een maatregel opleggen.
74. De FTAC beschouwt hiermee de aanvraag van de CBIA als afgehandeld.

Willemstad, 25 januari 2019

Fair Trade Authority Curaçao, namens deze:

w.g.

Drs. Alberto Romero
Voorzitter van de Fair Trade Authority Curaçao

RECHTSMIDDELEN:

Tegen deze beschikking kan binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is gegeven een bezwaarschrift worden ingediend. Het bezwaarschrift dient onder vermelding van het zaaknummer gestuurd te worden aan:

De Fair Trade Authority Curaçao
Pietermaai 6
Willemstad, Curaçao

In plaats van bezwaar aan te tekenen, kan ook direct beroep worden ingediend bij het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao. Dit moet binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is gegeven worden gedaan. Het beroepsbericht moet in tweevoud worden ingediend bij:

Het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao
Wilhelminaplein 4
Willemstad, Curaçao