

ANNOTATIE

# Non-concurrentiebedingen van ondersteunende vrijgevestigd medisch specialisten – de stand van zaken.

*mr. B.A. van Schelven*

*Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 25-02-2020,  
ECLI:NL:GHSHE:2020:707 (GZR-2020-0284)*

## **Inleiding**

1. Dit arrest is de meest recente loot aan de stam van de rechtspraak over non-concurrentiebedingen van vrijgevestigd medisch specialisten met een ondersteunend specialisme, zoals radiologen en anesthesiologen. De vrijgevestigde stelt in dit soort zaken veelal dat het non-concurrentiebeding niet op hem ziet omdat hij geen ‘eigen’ patiënten heeft en die dus ook niet kan meenemen. Het medisch specialistisch bedrijf (MSB) waaraan hij is verbonden, stelt daar dan tegenover dat het non-concurrentiebeding niet alleen op het meenemen van patiënten ziet maar ook is bedoeld om zijn bedrijfsdebet te beschermen.
2. In deze annotatie duid ik de plaats die dit arrest inneemt in deze jurisprudentielijn, te weten een opening voor aansluiting van de civiele rechter bij de lijn van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg (Scheidsgerecht). Voorafgaand daaraan schets ik de (juridische) achtergrond van MSB's en bespreek ik eerdere relevante uitspraken en dit arrest van het hof.

## **(Juridisch) kader: invoering integrale tarieven medisch-specialistische zorg**

3. MSB's en ledenovereenkomsten deden op 1 januari 2015 hun intrede in de medisch-specialistische zorg. Tot die datum was de juridische relatie tussen een vrijgevestigde en ‘zijn’ zorginstelling neergelegd in een zogeheten ‘toelatingsovereenkomst’. Juridisch bezien was dat een wettelijk onbenoemde species van de overeenkomst van opdracht.

4. Voor deze toelatingsovereenkomst werd gebruikgemaakt van een door het Ministerie van Financiën goedgekeurd model, waardoor de vrijgevestigde er zeker van was dat geen sprake was van een arbeidsrelatie met de zorginstelling en hij aanspraak kon maken op diverse fiscale ondernemersvoordelen.

5. De vrijgevestigde declareerde tot 1 januari 2015 zijn honorarium zelf bij de zorgverzekeraar of patiënt. Dat deed hij 'via' de zorginstelling, wat zoveel inhield als dat de zorginstelling namens de vrijgevestigde declareerde. Dit zelfstandig declaratierecht verviel per 1 januari 2015 met de invoering van de zogeheten integrale tarieven. Per die datum is het door aanpassing van de NZa-declaratieregels uitsluitend nog mogelijk dat een instelling met een Wtzi-toelating voor medisch-specialistische zorg een tarief declareert bij de zorgverzekeraar of patiënt. Dat tarief is integraal in de zin dat het bestaat uit zowel het instellingsdeel als het honorariumdeel.

6. Doordat het zelfstandig declaratierecht verviel, ontstond het risico dat de vrijgevestigde fiscaal gezien een arbeidsrelatie met de zorginstelling kreeg. Hierdoor zou enerzijds het ziekenhuis inhoudingsplichtig voor de loonbelasting zijn, en zou anderzijds de vrijgevestigde anderzijds zijn fiscale ondernemersvoordelen verliezen. Om deze risico's te mitigeren, hebben vrijgevestigden zich veelal per zorginstelling verenigd in een MSB, dat met de zorginstelling een overeenkomst sluit voor medisch-specialistische dienstverlening.

7. Deze MSB's hebben doorgaans de rechtsvorm van een maatschap of coöperatie. Bij de coöperaties – zoals het MSB in casu – hebben de vrijgevestigden hun praktijk in de regel ingebracht in een persoonlijke-houdster BV (PH-BV), die vervolgens lid is geworden van het MSB en op basis van een ledenovereenkomst medisch-specialistische diensten levert aan het MSB.

### **Rechtspraak non-concurrentiebeding vrijgevestigden met ondersteunend specialisme**

8. Zowel de maatschapsovereenkomst als ledenovereenkomst bevat veelal een non-concurrentiebeding. Dit non-concurrentiebeding verbiedt het de vrijgevestigde om (na afloop van die overeenkomst) direct of indirect te participeren in een zorgaanbod dat concurreert met het zorgaanbod van het MSB en de bijbehorende zorginstelling. Sinds de invoering van de integrale tarieven is een aantal procedures gevoerd over de vraag in hoeverre zo'n non-concurrentiebeding ook ziet op vrijgevestigden met een ondersteunend specialisme, zoals radiologen en anesthesiologen. Die procedures zijn gevoerd bij zowel de civiele rechter als het Scheidsgerecht. De reden daarvoor is dat die laatste instantie soms is aangewezen als geschilbeslechter in de overeenkomsten tussen vrijgevestigden en hun MSB.

*Rechtbankuitspraken*

9. De eerst te bespreken rechtbankuitspraak gaat over het non-concurrentiebeding van twee anesthesiologen (Rb. Overijssel (vzr.) 28 december 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:5014). De voorzieningenrechter meende dat hun non-concurrentiebeding niet op hen van toepassing is omdat het beding ziet op het zorgaanbod van het MSB en het ziekenhuis aan (potentiële) patiënten, terwijl de anesthesiologen geen eigen patiënten hebben. De reden daarvoor is volgens de voorzieningenrechter dat een anesthesioloog geen behandelovereenkomst met patiënten sluit en (dus) niet rechtstreeks zorgprestaties declareert waaruit inkomsten voor hem voortvloeien. Tegen die redenering kan wel wat worden ingebracht, aangezien geen enkele specialist sinds de invoering van de integrale tarieven nog zelfstandig kan declareren en er (sindsdien) verschillende opvattingen bestaan over de vraag of hij een behandelovereenkomst sluit met patiënten (niet: W.K. Bischof, C.J. de Boer & C.J.M. Vernooij, *SDU Commentaar Vermogensrecht*, art. 7:446, aant. C1 en C. Velink & K.D. Meersma, 'Het lot van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *MC* 14 oktober 2014, p. 20-22; wel: R.P. Wijne, 'Integrale bekostiging van invloed op de relatie medisch specialist versus patiënt en de aansprakelijkheid van de medisch specialist', *L&S* 2015/1).

10. De tweede te bespreken rechtbankuitspraak vormt de eerste aanleg van het arrest waar deze noot bij hoort (Rb. Limburg (vzr.) 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:7456, **GZR 2019-0218**). De voorzieningenrechter kwam daarin tot eenzelfde oordeel als zijn ambtsgenoot te Overijssel door uit de Regeling medisch-specialistische zorg van de NZa af te leiden dat een radioloog als niet-poortspecialist geen patiënten kan meenemen omdat de patiënten 'in een door de poortspecialist c.q. de behandelaar (c.q. de zorgverlener) vastgelegd behandel- en zorgtraject [zitten]'

#### *Scheidsgerechthuisspraken*

11. Het Scheidsgerecht komt in twee kort gedingen en een bodemzaak over hetzelfde non-concurrentiebeding van twee anesthesiologen telkens tot een ander oordeel dan de civiele rechters (SG KG 7 januari 2019, 18/21; 7 maart 2019, 19/03 en SG 22 juli 2019, 19/07).

12. In het eerste van de twee kort gedingen overweegt het Scheidsgerecht dat een redelijke uitleg van het non-concurrentiebeding met zich brengt dat de aard van het specialisme er niet toe 'zou moeten leiden dat het [non-concurrentiebeding] in de verhouding tussen partijen geen reële betekenis heeft'. Het Scheidsgerecht overweegt het in de bodemprocedure nog duidelijker: 'Zou het [non-concurrentiebeding] worden uitgelegd zoals [de anesthesiologen] voorstaan, namelijk dat nu zij geen poortspecialisten zijn zij dus niet concurrerend kunnen werken, dan is het beding zonder betekenis. Dat ligt niet in de rede.'

13. Uit de uitspraak van 7 januari blijkt overigens dat is aangesloten bij een niet gepubliceerde uitspraak van 19 december 2016 (16/15), waarin het Scheidsgerecht oordeelde dat het met de verzakelijking van de zorgverlening alleszins begrijpelijk is dat MSB's met behulp van non-concurrentiebedingen hun bedrijfsdebet willen beschermen.

### **Inhoud arrest**

14. De zaak waar deze annotatie bij hoort, gaat over een radioloog die haar vrijgevestigde positie bij het medisch-specialistisch bedrijf Atrium-Orbis (MSB Atrium-Orbis) inruilde voor een loondienstverband bij het Laurentius Ziekenhuis. MSB Atrium-Orbis verzette zich daartegen omdat sprake zou zijn van schending van het non-concurrentiebeding uit de met de radioloog gesloten ledenovereenkomst.

15. De radioloog startte hierop het hiervoor besproken kort geding, waarin ze in het gelijk is gesteld.

16. MSB Atrium-Orbis stelde tegen deze uitspraak hoger beroep in. Het hof stelt in beroep vraagtekens bij de enge uitleg van het non-concurrentiebeding door de voorzieningenrechter, nu de aard en strekking van het non-concurrentiebeding op een ruimere uitleg wijzen. Desondanks bekrachtigt het hof het vonnis in eerste aanleg, omdat de radioloog sinds 1 september 2019 feitelijk als radioloog in loondienst van het Laurentius werkt en een andere beslissing 1,5 maand voor het aflopen van de werkingstermijn van het non-concurrentiebeding op 11 april 2020 'te ingrijpend' zou zijn voor de radioloog. Het hof betreft daarbij dat de radioloog tijdelijk is gedetacheerd buiten het gebied waarop het non-concurrentiebeding ziet en dat MSB Atrium-Orbis een andere radioloog 'probleemloos' liet gaan naar een binnen dat gebied gelegen ziekenhuis.

17. Het hof benoemt ook nog een aantal 'sociale belangen' van de radioloog waardoor zij is aangewezen op werk in het Laurentius, zoals die van mantelzorger voor haar moeder en schoonmoeder alsmede als die van moeder voor haar vijf jonge kinderen met hun sociale omgeving in de buurt van haar woonplaats. Uit het feit dat het hof expliciet overweegt dat zij deze belangen 'nog daar [laat]', leid ik af dat het hof daar echter geen rechtens relevante betekenis aan heeft willen toekennen.

### **Analyse**

18. Deze uitspraken overziend, lijkt zich bij het Scheidsgerecht de bestendige lijn af te tekenen dat een algemeen geredigeerd non-concurrentiebeding tussen vrijgevestigden en hun MSB's ziet op poortspecialisten én niet-poortspecialisten. Met dit arrest van het hof lijkt nu de deur voor de civiele rechter te zijn geopend om ook dit pad te gaan bewandelen.

19. Ik kan het openen van die deur alleen maar toejuichen, aangezien de bestendige lijn van het Scheidsgerecht mij uiterst redelijk voorkomt. Een andere uitleg zou immers betekenen dat sprake is van een zinledig non-concurrentiebeding.

20. Dat de overeenkomsten eind 2014 vanwege de aanstaande invoering van de integrale bekostiging veelal met stoom en kokend water zijn opgesteld en grotendeels het karakter van standaardovereenkomst hadden, maakt dat mijns inziens niet anders. Op het moment van ondertekening kon een MSB noch vrijgevestigde er immers in redelijkheid van uitgaan dat niet-poortspecialisten waren uitgesloten van het non-concurrentiebeding. De reden daarvoor is dat alle betrokkenen er toen mee bekend waren dat niet-poortspecialisten geen eigen patiënten hebben. Dat geldt niet alleen voor de MSB's en vrijgevestigden, maar ook voor de in de zorg gespecialiseerde juristen die de diverse model-ledenovereenkomsten hebben opgesteld en de individuele vrijgevestigden destijds adviseerden, zoals de VvAA. Bovendien zijn de model-ledenovereenkomsten in aanloop naar ondertekening per MSB vaak meerdere keren plenair besproken op inspraakavonden waar het voor vrijgevestigden mogelijk was om vragen te stellen over de ledenovereenkomst. Er konden dus ook vragen worden gesteld over de reikwijdte van het non-concurrentiebeding. Alleen als een MSB op zo'n vraag heeft geantwoord dat het non-concurrentiebeding uitsluitend op poortspecialisten ziet, ligt een enge uitleg van het beding voor de hand. Ik vind het in het algemeen evenwel onaannemelijk dat er een MSB is geweest dat die toelichting heeft gegeven.

*mr. B.A. van Schelven*

*advocaat bij Van Benthem & Keulen*