

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Arbitraal vonnis van 22 juli 2019

Kenmerk: SG 19/07

Het Scheidsgerecht, samengesteld als volgt:
mr. S.C.P. Giesen, wonende te Nijmegen, voorzitter,
drs. M.G.F. van Wijk, wonende te Berlicum,
mr. drs. L.E. Garmers, wonende te Haarlem,
bijgestaan door mr. F. Diepraam, griffier,
heeft het navolgende vonnis gewezen in de zaak van

de coöperatie **A.**,
gevestigd te Z.,
eiseres in conventie, verweerster in (voorwaardelijke) reconventie,
gemachtigde: mr. E.P. Cornel,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **B. BV**,
gevestigd te Y.,
2. de heer **C.**, wonende te Y.,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **D. BV**,
gevestigd te X.,
4. de heer **E.**, wonende te X.,

verweerders in conventie, eisers in (voorwaardelijke) reconventie,
gemachtigde: mr. M.C. Schepel.

Eiseres in conventie wordt aangeduid als A.. Verweerders in conventie worden gezamenlijk aangeduid als verweerders en afzonderlijk als verweerster 1, C., verweerster 3 en E.. Verweerster 1 en verweerster 3 worden in reconventie gezamenlijk aangeduid als eisers in reconventie.

1. De procedure

- 1.1 A. heeft met een e-mail van 19 maart 2019 van haar gemachtigde deze procedure ahangig gemaakt. Na eisiwijziging ter zitting heeft zij verzocht dat het Scheidsgerecht bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- 1) Verweerster 1 en C. hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan A. van € 60.000,-- ieder wegens verbeurde boetes in de periode van 1 januari 2019 tot en met 18 maart 2019, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf de respectieve vervalddata dan wel 19 maart 2019 tot aan de dag der algehele voltooiing;
- 2) Verweerster 3 en E. hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan A. van € 60.000,-- ieder wegens verbeurde boetes in de periode van 1 januari 2019 tot en met 18 maart 2019, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf de respectieve vervalddata dan wel 19 maart 2019 tot aan de dag der algehele voltooiing;
- 3) bij wege van schadevergoeding in natura, bepaalt dat de tijdsbepaling in artikel 11 lid 3 van de ledenovereenkomst tussen partijen wordt verlengd van "twee jaar na de beëindiging van de Ledenovereenkomst" tot "twee jaar na het moment van betekening van het ten deze te wijzen vonnis in de bodemprocedure";
- 4) verweerders ieder voor zich beveelt om binnen 24 uur na betekening van het te dezen te wijzen vonnis:
 - (i) de aansluiting bij F. te staken en gestaakt te houden gedurende de looptijd van het non-concurrentiebeding;
 - (ii) zich gedurende de volledige looptijd van het non-concurrentiebeding te onthouden van directe of indirecte participatie in een zorgaanbod dat concurreert met het zorgaanbod van A.; en
 - (iii) gedurende de volledige looptijd van het non-concurrentiebeding niet actief onder patiënten uit de overgedragen praktijk te werven;
 zulks op straffe van verbeurde van een dwangsom van € 25.000,= ineens voor iedere overtreding van de hoofdveroordeling, en daarnaast een dwangsom van € 10.000,= per dag voor iedere dag (of gedeelte daarvan) dat verweerders nalaten aan de inhoud van dit vonnis te voldoen, tot een maximum van € 800.000,= per verweerder; en
- 5) verweerders veroordeelt in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen de kosten van het Scheidsgerecht, alsmede een bedrag van € 5.000,= in verband met kosten van rechtsbijstand.

Bij deze memorie zijn zes producties (genummerd 1-6) gevoegd.

- 1.2 Verweerders hebben met een brief van 11 april 2019 een memorie van antwoord tevens houdende een (voorwaardelijke) eis in reconventie ingediend. Bij deze memorie zijn geen producties gevoegd. Verweerders hebben in conventie geconcludeerd tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht om van het geschil kennis te nemen, althans tot niet-ontvankelijkverklaring van A. in haar vorderingen, althans tot afwijzing van die vorderingen. Voorwaardelijk, voor het geval het Scheidsgerecht zich bevoegd mocht achten om van het geschil kennis te nemen, hebben verweerders verzocht dat het Scheidsgerecht bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
 - 1) A. veroordeelt tot betaling € 80.000,-- aan zowel verweerster 1 als verweerster 3, ten titel van een voorschot op de uitbetaling van het saldo van de ledenrekening, onder verrekening van een verschuldigd bedrag aan contractuele boete;
 - 2) A. veroordeelt tot het doen van een definitieve afrekening en uitbetaling van het saldo van de ledenrekening binnen 14 dagen na het gereedkomen van de jaarrekening 2018 van A., doch uiterlijk op 15 juni 2019, met de bepaling dat A. een boete verbeurt van € 1.000,-- per dag (of gedeelte van een dag) aan zowel verweerster 1 als verweerster 3 voor iedere dag dat A. daarmee in gebreke blijft;

- 3) A. veroordeelt tot betaling van de wettelijke handelsrente over zowel het voorschot als (het restant van) het definitieve bedrag met ingang van 29 maart 2019 tot de dag de algehele voldoening.

Zowel in conventie als in (voorwaardelijke) reconventie hebben verweerders verzocht dat het Scheidsgerecht A. veroordeelt in (i) de kosten van het Scheidsgerecht, (ii) een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand van verweerders ter hoogte van € 5.000,=, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, en (iii) de nakosten ten belope van € 131,= zonder betekening en € 199,= in geval van betekening alsmede de daarover verschuldigde wettelijke rente bij niet-tijdige voldoening.

- 1.3 Met een e-mail van 11 juni 2019 heeft de gemachtigde van A. negen nadere producties (genummerd 7-15) ingezonden.
- 1.4 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 18 juni 2019. Aan de zijde van A. waren aanwezig G. (bestuurslid), H. (anesthesioloog) en I. (anesthesioloog-pijnspecialist), met de gemachtigde. Aan de zijde van verweerders waren aanwezig: C. en E. (mede namens verweerster 1 en verweerster 3) alsmede J. en K. (beiden bestuurders van F.), met de gemachtigde. De gemachtigden hebben het woord gevoerd mede aan de hand van pleitaantekeningen, die aan het Scheidsgerecht zijn overgelegd.

2. De vaststaande feiten

- 2.1 C. en E. zijn anesthesiologen en waren tot 1 januari 2019 als medisch specialist werkzaam in het ziekenhuis L. ("het ziekenhuis"). Hun werkzaamheden omvatten de anesthesiologie bij hartoperaties, niet de pijnbestrijding. Verweerster 1 en verweerster 3 (de respectieve praktijkvennootschappen van C. en E.) waren tot 1 januari 2019 lid van A.. A. is een van de medisch-specialistische bedrijven waarmee het ziekenhuis samenwerkingsovereenkomsten heeft gesloten. A. is eind 2014 opgericht.
- 2.2 Het ziekenhuis heeft een zogeheten topklinische status. Het heeft een bovenregionale functie, met Z. als hoofdlocatie en nevenlocaties in W., V. en X.. A. heeft als hoofdlocatie het ziekenhuis (te Z.) en heeft nevenlocaties op andere plaatsen in Z.. In U. en T. zijn nevenvestigingen voor pijnbestrijding.

Statuten en ledenovereenkomst

- 2.3 In de statuten van A. is – voor zover in deze procedure relevant – onder meer het volgende bepaald (waarbij A. wordt aangeduid als de coöperatie).

"DOEL EN MIDDELEN

Artikel 3

1. *Het doel van de coöperatie is het bevorderen van de kwaliteit en veiligheid alsmede de continuïteit en toegankelijkheid van de integrale anesthesiologische zorg- en dienstverlening in (primair) Z. en haar omringende gemeenten door overeenkomsten met haar leden te (doen) sluiten in het (medisch specialistisch) bedrijf dat zij te dien einde ten behoeve van haar leden uitoefent of doet uitoefenen".*

"EINDE VAN HET LIDMAATSCHAP"

Artikel 5

1. *Het lidmaatschap van de coöperatie eindigt:*
 - a. *indien de door het lid gesloten ledenovereenkomst eindigt;*
(...)
 - e. *door schriftelijke opzegging bij aangetekende brief door het lid;*
(...)
2. *Opzegging van het lidmaatschap door het lid kan slecht schriftelijk geschieden tegen het einde van een boekjaar en met inachtneming van een opzegtermijn van tenminste drie maanden. (...)"*.

"FINANCIËLE VERPLICHTINGEN EN LEDENREKENINGEN"

Artikel 6

1. *Ieder lid is verplicht om overeenkomstig de ledenovereenkomst en het huishoudelijk reglement geld of andere goederen in de coöperatie te storten als bijdrage aan het eigen vermogen van de coöperatie.*
2. *De financiële bijdragen van de leden zoals bedoeld in lid 1 van het onderhavige artikel worden geadministreerd op ledenrekeningen die de coöperatie voor ieder afzonderlijk lid zal aanhouden. De bedragen op de ledenrekening luiden in euro.*
3. *De ledenrekeningen worden gecrediteerd voor de in lid 1 bedoelde bijdragen van de leden en het aandeel in de winst van ieder lid respectievelijk gedebiteerd uitgekeerde bedragen en het aan ieder lid toegerekende verlies van de coöperatie, een en ander overeenkomstig de financiële afspraken zoals vastgelegd in de ledenovereenkomst en het huishoudelijk reglement.*
4. *Over de ledenrekening van ieder lid wordt geen rente vergoed.*
5. *Bij het einde van het lidmaatschap van een lid wordt het bedrag van zijn ledenrekening aan hem uitgekeerd, met dien verstande dat de coöperatie bevoegd is om eventuele vorderingen van de coöperatie op het lid met dat bedrag te verrekenen."*

"BESTUUR: SAMENSTELLING, BENOEMING EN ONTSLAG"

Artikel 10

(...)

6. *Een niet voltallig bestuur behoudt zijn bevoegdheden, doch is verplicht om zo spoedig mogelijk een algemene ledenvergadering bijeen te roepen waarin de voorziening in de vacature(s), met inachtneming van het bepaalde in de statuten en het huishoudelijk reglement, aan de orde komt."*

"BESTUUR: TAKEN EN BEVOEGDHEDEN"

Artikel 11

(...)

- 5 *Het bestuur kan ook anderen bij volmacht vertegenwoordigingsbevoegdheid toekennen.*
6. *Een bestuurder neemt niet deel aan beraadslagingen en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de coöperatie. (...)*

"BEGROTING, JAARSTUKKEN EN RESULTAATSBESTEMMING

Artikel 12

2. *Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de coöperatie op zodanige wijze een administratie te voeren dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de coöperatie kunnen worden gekend.*
3. (...)
4. *Het bestuur maakt jaarlijks binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening en de daarbij behorende overige gegevens en het jaarverslag op. (...)"*

- 2.4 De verhouding tussen A. ("de coöperatie") en verweerders is bepaald door een ledenovereenkomst ("de ledenovereenkomst"), waaraan zowel verweester 1 en verweester 3 (in de ledenovereenkomst aangeduid als Lid) als C. en E. in privé (in de ledenovereenkomst aangeduid als Medisch Specialist) zich hebben gebonden. De ledenovereenkomst houdt, voor zover hier relevant, het volgende in.

"in aanmerking nemende:

- a. *De Coöperatie exploiteert een medisch specialistisch bedrijf dat ten doel heeft het bevorderen van de kwaliteit en veiligheid alsmede de continuïteit en toegankelijkheid van anesthesiologische zorg- en dienstverlening in (primaire) Z. en haar omliggende gemeenten".*

" 10. Duur en opzegging

1. *De onderhavige Overeenkomst alsmede de toetreding van het Lid worden, met ingang van 1 januari 2015, aangegaan voor onbepaalde tijd en eindigt: (...)*
 - i. *door beëindiging van het lidmaatschap van het Lid per de datum waarop het lidmaatschap eindigt (...)*
6. *Opzegging of ontbinding van deze Overeenkomst aan de zijde van het Lid is gedurende het voortduren van het Lidmaatschap van het Lid uitgesloten. Het Lid kan deze Overeenkomst slechts (doen) beëindigen door opzegging van het lidmaatschap".*

" 11. Non-concurrentie en geheimhouding

- (...)
3. *Na het beëindigen van deze Overeenkomst onthouden het Lid en de Medisch specialist zich gedurende twee jaren van directe of indirecte participatie in een zorgaanbod dat concurreert met het zorgaanbod van de Coöperatie. Daarvan is in ieder geval sprake indien het Lid of de Medisch specialist zich gedurende genoemde termijn binnen het adherentiegebied van de Coöperatie vestigen. Het Lid en de Medisch Specialist zullen in elk geval gedurende deze termijnen niet actief werven onder patiënten uit de overgedragen praktijk.*
4. *Bij overtreding van het in de vorige leden bepaalde, zijn het Lid en de Medisch specialist hoofdelijk verplicht om aan de Coöperatie een direct opeisbare boete te betalen van € 2.500,=, vermeerderd met € 1.000 voor elke dag of halve dag dat de overtreding voortduurt, met een maximum van zestig duizend euro (€ 60.000,=), onverminderd het recht van de Coöperatie op vergoeding van schade."*

"12. Geschillenregeling

1. *Indien tussen partijen een geschil mocht ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst of daarmee samenhangende overeenkomsten, dan zullen partijen eerst trachten dit geschil in goed onderling overleg, zo nodig door middel van een mediator, op te lossen.*
2. *Indien een geschil niet overeenkomstig het bepaalde in lid 1 van dit artikel door partijen in onderling overleg wordt opgelost, zal dat geschil worden beslecht door het Scheidsgerecht Gezondheidszorg overeenkomstig zijn alsdan geldende reglement."*

Opzegging lidmaatschap

- 2.5 Op 16 september 2018 hebben C. en E. elk per e-mail aan de andere leden van A. aangekondigd het lidmaatschap van A. op te zullen zeggen in verband met hun voornemen om per 1 januari 2019 anesthesiologische werkzaamheden te gaan verrichten ten behoeve van de besloten vennootschap F. ("F.") op locaties te S. en T. van de M. ("M."). Per diezelfde datum zou F. binnen de muren van M., waar zij voorheen in opdracht van M. werkzaamheden verrichtte, een volledig zelfstandig behandelcentrum met een eigen WTZi-toelating worden.
- 2.6 A. levert geen anesthesiologische zorg of diensten aan F.. De door A. geleverde anesthesiologische zorg en diensten betreffen voor ongeveer 10% de orthopedie.
- 2.7 In de notulen van de algemene ledenvergadering van A. van 18 september 2018 staat onder meer:

"C.: geeft aan gesprekken gehad te hebben met F. over de anesthesiologische invulling na hun verzelfstandiging. F. heeft duidelijk aangegeven een aparte groep anesthesiologen te willen en ze hebben C. gevraagd te participeren; alles moest wel onder strikte geheimhouding.

I.: (...) Begin dit jaar heeft de A. gevraagd om verkennende gesprekken te voeren in verband met de geruchten die wij opvangen over de verzelfstandiging van F..

H.: vermeldt dat C. gevraagd is verkennende gesprekken met F. te voeren in zijn functie als medisch coördinator van A.; (...) Ook hebben wij meerdere malen gevraagd 'hoe staat het ervoor', maar C. heeft gewoon zijn mond dicht gehouden.

C.: geeft aan dat vorige week of 2 weken geleden N. (bestuurslid) hem ook gevraagd heeft over de ontwikkelingen met F.. C. heeft daarop nog niets kunnen zeggen. (...)

I.: geeft aan dat de A. iemand wilde afvaardigen om verkennende gesprekken met F. te voeren om te bezien of er een rol is weggelegd voor de A.. (...)

C.: geeft aan al 4,5 jaar met het F. op individuele basis te praten en dat daar op een gegeven moment gesprekken zijn geweest dat klopt. C. geeft aan niet meer helder te hebben dat die opdracht zo duidelijk is gegeven, anders had hij vrij makkelijk de feedback kunnen geven dat er geen ruimte is om als A. te participeren in F.. (...)

I.: brengt naar voren dat niet alleen hij maar ook andere leden van de A. vinden dat voor C. 2 dagen wordt ingeroosterd om management taken voor A. te ver-

vullen en die tijd wordt onder andere gebruikt om voor zichzelf privé zaken te regelen. (...)”

- 2.8 Op 25 september 2018 hebben C. en E. vervolgens elk, mede namens verweerster 1 respectievelijk verweerster 3, een brief aan A. en de andere leden van A. gestuurd. Deze brief heeft onder meer de volgende inhoud:

“Hierbij zeg ik, namens [verweerster 1 respectievelijk verweerster 3], haar lidmaatschap van [A.], hierna ook te noemen: “de coöperatie”, met inachtneming van de in artikel 5 lid 2 van de Oprichtingsakte genoemde opzegtermijn van drie maanden, op tegen het einde van dit boekjaar, derhalve met ingang van 1 januari 2019.

*De beëindiging van haar lidmaatschap van de coöperatie leidt, op grond van artikel 10 lid 1 sub h en artikel 6 van de Ledenovereenkomst, tevens tot de beëindiging van de Ledenovereenkomst met ingang van 1 januari 2019. Voor zover nodig zeg ik volledigheidshalve hierbij ook de Ledenovereenkomst, zowel namens [verweerster 1 en verweerster 3] als namens mijzelf (...), op per 1 januari 2019.
(...)”*

- 2.9 Op 9 november 2018 heeft F. zich in een regionale krant (O.) gepresenteerd met haar aanpak (“XXX”). In het betreffende artikel staat onder meer:

“XXX.”

- 2.10 Met een brief van 15 november 2018 heeft de toenmalige gemachtigde van A. namens deze aan verweerders onder meer het volgende bericht:

“De Coöperatie stelde mij op de hoogte van uw opzegging bij brief van 25 september jl. namens [verweerster 1 en 3], van haar lidmaatschap van de Coöperatie met ingang van 1 januari 2019, waarmee eveneens de beëindiging van de Ledenovereenkomst per dezelfde datum wordt beoogd.

De reden van de opzegging van het lidmaatschap van de Coöperatie en de beëindiging van de Ledenovereenkomst is gelegen in uw aansluiting bij F.. F. wil zich met ingang van 1 januari 2019 binnen de muren van [M.] door eigen anesthesiologen laten ondersteunen.

Vooruitlopend op 1 januari 2019, breng ik u middels deze brief, alvast de gemaakte afspraken in herinnering, waaronder in het bijzonder het non-concurrentiebeding in artikel 11 lid 3 en 4 van de Ledenovereenkomst. Dit om eventuele misverstanden te voorkomen.

Een aansluiting bij F. op de wijze als voorzien, houdt in dat u het non-concurrentiebeding schendt, als gevolg waarvan u een direct opeisbare boete aan de Coöperatie bent verschuldigd.

Namens de Coöperatie geef ik u hierbij te kennen dat zij deze boete tot het maximum van € 60.000,- opeist, onverminderd het recht op vergoeding van schade.”

- 2.11 In een e-mail van 27 november 2018 aan de toenmalige gemachtigde van verweerders heeft de toenmalige gemachtigde van A. dit standpunt als volgt nader toegelicht:

“De aansluiting bij F. op de wijze als voorzien, houdt in dat uw cliënten het non-concurrentie beding schenden, en cliënten aldus aanspraak kunnen maken op de direct opeisbare boete en een schadevergoeding. Op het moment dat uw cliënten in een veel eerder stadium juridische advies inwonnen, zoals zij in de ledenvergadering van 16 september jl. hebben aangegeven, en zij op dat moment ook hun opzeggingen deden, had hen bekend kunnen en moeten zijn, dat cliënten betreffende boete en schadevergoeding zouden kunnen opeisen. In het geval uw cliënten voor hun opzeggingen zekerheid hadden willen hebben, dat cliënten dat na zouden laten, hadden zij met cliënten in gesprek kunnen en moeten gaan over hun voornemen tot aansluiting. Dat is niet gebeurd. Uw cliënten hebben in plaats daarvan, cliënten in desbetreffende ledenvergadering met hun opzeggingen voor het blok gezet. Ook overigens is in diezelfde vergadering door het bestuur van de Coöperatie al aan uw cliënten te verstaan gegeven, dat juridisch advies zou worden ingewonnen om de gang van zaken en mede de relatie tot het non-concurrentie beding de toetsen.

Adherentiegebied

Evident concurreert F. met het zorgaanbod van [het ziekenhuis]. Zelfs in de lokale krant (O.) probeert F. patiënten uit het zorgaanbod van [het ziekenhuis] te werven met de slogan “vandaag opereren, vandaag naar huis”. De lezers wonen op korte afstand van het Z. Ziekenhuis en waren anders met zekerheid naar [het ziekenhuis] gegaan.

De stellingname dat het adherentiegebied van een ziekenhuis zich beperkt tot de muren van het ziekenhuis is onzinnig te noemen. De patiënten die gebruik maken van de medische zorg van het ziekenhuis komen immers van buiten de muren van het ziekenhuis. Enkel om die reden is uw stellingname al opmerkelijk en apert onjuist. Daarbij komt nog dat [het ziekenhuis] een ‘Topklinische’ status heeft, waardoor haar adherentiegebied groter is, dan dat van een gemiddeld perifeer ziekenhuis. [Het ziekenhuis] is, als ook hiervoor aangegeven een topklinisch ziekenhuis met onder meer een bovenregionale functie en meerdere locaties (W./V./X.). Dat maakt dat ook patiënten van buiten R. voor medische zorg naar [het ziekenhuis] komen. Als Coöperatie ondersteunen cliënten vele specialismen in [het ziekenhuis]. Voorgaande is het aantoonbaar bewijs dat het adherentiegebied niet enkel de muren van [het ziekenhuis] omvat. Uw cliënten zijn daar zeer wel van op de hoogte, daar zij ook jarenlang patiënten uit de gehele regio en ver daarbuiten hebben behandeld.

Ook uw stellingname dat de Coöperatie geen anesthesiologische zorg aan F. leverde is niet relevant. Immers betreffende patiënten zijn steeds ook potentiële patiënten voor de Coöperatie.

Overleg

Er is tussen partijen geen geschil. Uw cliënten hebben opgezegd, dat mag. Dit met de kanttekening dat een non-concurrentie beding, uw cliënten zeer wel bekend, is overeengekomen. Indien uw cliënten vervolgens willens en wetens de keuze maken om desondanks, zonder verder overleg met cliënten, zich bij F. aan te sluiten, waardoor zij gaan concurreren met het adherentiegebied van cliënten, heeft dat tot gevolg dat cliënten aanspraak op de betreffende boete en schadevergoeding kunnen maken. Als uw cliënten een andere mening zijn toegedaan, dan vernemen cliënten graag waarom uw cliënten niet voorafgaand aan hun opzeggingen open kaart hebben gespeeld. Ik breng daarbij nog bij uw cliënten in herinnering dat één van hen van de algemene Ledenvergadering de (betaalde) opdracht had gekregen om te onderzoeken wat de anesthesiologische bijdrage van de Coöperatie in F. zou kunnen zijn, juist omdat de Coöperatie verantwoordelijk wil zijn voor de anesthesiologische zorg in haar adherentiegebied. Vervolgens heeft dit betreffende lid voor eigen gewin met F. onderhandeld, in uren op kosten van de Coöperatie, zonder enige tekst en uitleg te geven. Tevens moge duidelijk zijn welke consequenties het gelijktijdig vertrek van twee leden van de Coöperatie bij een opzegtermijn van drie maanden heeft. Uw cliënten hadden de keuze kunnen maken om in goed overleg bijvoorbeeld een langere opzegtermijn te hanteren zoals door uw cliënten benoemd in eerdere vergaderingen en correspondentie, maar ook daar is niet voor gekozen. Het betrof een fait accompli.

Kennelijk menen uw cliënten ondanks het voorgaande, dat het bereiken van een oplossing in goed overleg nog tot de mogelijkheden behoort. Vanzelfsprekend verkiezen ook cliënten het bereiken van een oplossing via de minnelijke weg boven een procedure. Cliënten zijn daarom bereid om middels een onafhankelijk mediator een oplossing te beproeven".

Eerdere procedures bij het Scheidsgerecht

- *Kort geding SG 18/21*

- 2.12 Op 7 december 2018 hebben verweerster 1 en verweerster 3 het Scheidsgerecht – kort gezegd - verzocht om bij arbitraal vonnis in kort geding (1) het tussen partijen overeengekomen non-concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te schorsen, (2) A. te veroordelen om te gehangen en te gedogen dat verweerders vanaf 1 januari 2019 werkzaamheden voor F. zouden gaan verrichten en (3) A. te veroordelen in de kosten van de procedure.
- 2.13 Bij arbitraal vonnis in kort geding van 7 januari 2019 heeft het Scheidsgerecht de vorderingen afgewezen, en daartoe onder meer het volgende overwogen (waarbij verweerster 1 en 3 zijn aangeduid als eisers en A. als verweerster):

“

- 5.1 *Centraal in dit kort geding staat de vraag of eisers met hun toetreding tot F. per 1 januari 2019, het non-concurrentiebeding schenden. Zelf beantwoorden zij deze vraag ontkennend. Verweerster bepleit het tegendeel. Tijdens de zitting heeft verweerster verklaard dat zij vooralsnog de boetebedragen (maximaal € 60.000 van elk van eisers) wil vorderen. In dit kort geding is dit overigens niet relevant, nu verweerster geen (tegen)vordering heeft ingesteld. Het gaat verweerster niet om het (door*

haar op zichzelf betreurde) vertrek van eisers op een vrij korte termijn, maar om het nadeel dat zij lijdt door de vestiging van eisers in "haar" verzorgingsgebied. Verweerster heeft verklaard dat zij intussen in de opvolging van eisers heeft voorzien, maar ook dit gegeven is dus niet relevant voor het geschil tussen partijen.

- 5.2 *Het is in hoge mate aannemelijk dat F. een concurrent is van verweerster. F. richt zich, deels in hetzelfde verzorgingsgebied, in elk geval voor een deel op dezelfde categorie patiënten. Het geschil gaat echter niet in het bijzonder daarover, maar over de vraag of eisers door hun aansluiting bij F. het non-concurrentiebeding schenden. Dit betekent dat kan worden voorbijgegaan aan datgene wat verweerster heeft gesteld over het type patiënten dat F. behandelt, te weten degenen met lichtere aandoeningen, hetgeen volgens verweerster financieel profijtelijk is. In dit kort geding komt het aan op de betekenis van de overstap van eisers naar F. in verhouding tot het non-concurrentiebeding in de ledenovereenkomst.*
- 5.3 *Dit beding is ruim geformuleerd. Het verplicht eisers, en ook C. en E. zelf, zich te onthouden van "directe of indirecte participatie in een zorgaanbod dat concurreert met het zorgaanbod van [verweerster]". Hieraan is toegevoegd dat van een dergelijke verboden participatie "in ieder geval" sprake is als het lid (in dit geval: een van de eisers) of de medisch specialist zich gedurende de termijn van twee jaren "binnen het adherentiegebied van [verweerster] vestig[t]". Het lijdt geen serieuze twijfel dat aan deze voorwaarden is voldaan. Uit het in 5.2 vermelde blijkt (i) dat eisers sinds 1 januari 2019 participeren in een zorgaanbod (te weten dat van F.) dat concurreert met het zorgaanbod van verweerster, en (ii) dat eisers zich, door hun aansluiting bij F., hebben gevestigd binnen het adherentie- of verzorgingsgebied van verweerster.*
- 5.4 *Alle partijen hebben tijdens de zitting verklaard dat bij de toetreding van eisers bij verweerster en bij de totstandkoming van de ledenovereenkomst gebruik is gemaakt van een standaardtekst van een ledenovereenkomst. Volgens partijen was de concepttekst waarschijnlijk afkomstig van de notaris ten overstaan van wie eind 2014 vele akten in verband met de stelselwijziging per 1 januari 2015 zijn verleden. Ook staat tussen partijen vast dat zij toen niet – laat staan expliciet – hebben gesproken over de tekst of de reikwijdte van het non-concurrentiebeding. Ook dit was onderdeel van de standaardtekst, die zij bij de ondertekening van de ledenovereenkomsten zonder meer hebben aanvaard. Deze voorgeschiedenis heeft echter niet tot gevolg dat eisers niet gebonden zijn aan het beding, en dit te minder nu de in 5.3 aangehaalde bewoordingen duidelijk zijn, in elk geval in deze zin dat zij, op zichzelf bezien, de daar vermelde betekenis hebben. Eisers hebben dit ook niet betwist.*
- 5.5 *Eisers betogen dat zij het non-concurrentiebeding toch niet schenden doordat C. en E., als anesthesiologen, geen zogeheten poortspecialisme uitoefenen. Eisers stellen dat hun patiënten zich niet – al dan niet na verwijzing door de huisarts – rechtstreeks tot hen wenden. Deze stelling is in zoverre juist dat als onweersproken vaststaat dat het inderdaad an-*

dere aan het ziekenhuis verbonden specialisten zijn die (hun eigen) patiënten verwijzen naar de anesthesiologen. Dit zou anders zijn als en voor zover C. en E. een praktijk als pijnspecialist zouden hebben, maar dat is niet het geval.

- 5.6 *Het is echter hoogst onzeker of de in 5.5 vermelde gegevens tot gevolg hebben dat het non-concurrentiebeding hier niet geldt doordat – zoals eisers stellen – het adherentiegebied van verweerster in deze context is beperkt tot de muren van het ziekenhuis. Deze hoge mate van onzekerheid geldt ook voor de in het verlengde van dat betoog liggende stelling van eisers dat verweerster geen gerechtvaardigd belang heeft bij handhaving van dit beding, dan wel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat verweerster hen, eisers, aan het beding houdt. Verweerster heeft er een alleszins redelijk belang bij dat eisers zich niet aansluiten bij een concurrent van haar, verweerster, in hetzelfde verzorgingsgebied, en dat is nu juist wat hier is gebeurd. Verweerster stelt terecht dat het ongerijmd zou zijn als de aard van het medisch specialisme van haar leden ertoe zou leiden dat het non-concurrentiebeding zo moet worden uitgelegd dat het in de verhouding tussen partijen geen reële betekenis heeft. Een uitleg waarbij het beding wel een reële betekenis heeft, ligt veel meer voor de hand. Daarbij is van belang dat de bewoordingen zich tegen zo'n uitleg niet verzetten. Integendeel: de tekst van het beding geeft veeleer steun aan de door verweerster bepleite ruimere uitleg. En blijkens hetgeen in 5.4, slot, is vermeld, levert de voorgeschiedenis van deze bepaling geen argumenten voor een beperkter uitleg op.*
- 5.7 *Voor toewijzing van de vorderingen van eisers in dit kort geding is nodig dat voldoende aannemelijk moet zijn dat de bodemrechter hun uitleg van het non-concurrentiebeding zal onderschrijven. Uit hetgeen in 5.6 is vermeld volgt dat dit geval zich hier niet voordoet. Daarom dienen deze vorderingen te worden afgewezen.*
- 5.8 *De verdere verweren kunnen onbesproken blijven. Dit betreft onder meer de door verweerster genoemde "advertenties in de lokale krant" en andere reclame-uitingen van F. over de voordelen van behandeling door deze instelling. Uit het besprokene op de zitting is overigens gebleken dat de publicatie in de bedoelde krant geen advertentie was, maar een interview met iemand van F.. Verweerster heeft de door haar gewraakte teksten niet overgelegd. Wat daarvan verder ook zij, dergelijke publicaties vormen een illustratie van de al besproken mogelijkheid dat F. een concurrent van verweerster is."*

- 2.14 Bij e-mail van 10 januari 2019 heeft A. verweerster 1 en verweerster 3 gesommeerd om de proceskosten waarin zij waren veroordeeld te voldoen, de inmiddels verbeurde contractuele boetes te voldoen en hun participatie in F. te staken. Aan deze sommatie hebben zij niet voldaan. Ook daarna stonden C. en E. op de website van F. vermeld als aldaar werkzame anesthesiologen, met de volgende aanbeveling:

"Bij F. werken anesthesiologen die zich uitsluitend bezig houden met orthopedische ingrepen en de zorg daar omheen. Deze anesthesiologen hebben zich gespecialiseerd in regionale verdovingstechnieken."

- *Kort geding SG 19/03*

- 2.15 Op 4 februari 2019 heeft A. op haar beurt het Scheidsgerecht - kort gezegd - verzocht om bij arbitraal vonnis in kort geding verweerders te bevelen om, op straffe van een dwangsom, (1) de aansluiting bij F. te staken en gestaakt te houden tot 1 januari 2021, (2) zich tot 1 januari 2021 te onthouden van directe of indirecte participatie in een zorgaanbod dat concurreert met dat van A., en (3) gedurende de periode tot 1 januari 2021 niet actief onder patiënten uit de overgedragen praktijk te werven.
- 2.16 Bij arbitraal vonnis in kort geding van 7 maart 2019 heeft het Scheidsgerecht de vorderingen van A. afgewezen, en daartoe onder meer het volgende overwogen:

„

5.2 *In het vonnis van 7 januari 2019 is beslist dat verweerders het non-concurrentiebeding in de ledenovereenkomst overtreden door anesthesiologische werkzaamheden te gaan verrichten voor F.. Hierover hebben de partijen in dit kort geding uitvoerig opnieuw gedebatteerd. Het Scheidsgerecht ziet geen aanleiding thans anders te oordelen. F. is, zoals ter zitting werd verklaard, statutair gevestigd te T. (O) en verleent orthopedische zorg in T. en S.. Ter zitting is desgevraagd verklaard dat verweerders onder andere managementovereenkomsten hebben gesloten met P. BV en via deze vennootschap anesthesiologische diensten verlenen aan F.. Het adherentiegebied van eiseres is in de considerans van de ledenovereenkomst omschreven als primair Z. en de haar omringende gemeenten. Eiseres heeft betoogd dat in ieder geval T. tot de omringende gemeenten van Z. behoort, wat feitelijk juist is omdat de gemeente T. rechtstreeks grenst aan de gemeente Z.. Namens verweerders is dit niet (meer) gemotiveerd betwist. Dit alles laat geen andere conclusie toe dan dat verweerders binnen het adherentiegebied van eiseres anesthesiologische zorg zijn gaan leveren en zich in die zin ook als leverancier van anesthesiologische zorg in dat adherentiegebied hebben gevestigd. Gegeven de tekst van het non-concurrentiebeding handelen verweerders in strijd daarmee.*

5.3 *Verweerders hebben wederom (uitvoerig) betoogd dat van enige concurrentie geen sprake kan zijn. Het is op zichzelf wel juist dat anesthesiologen als ondersteunde specialisten (afgezien van zelfstandige pijnbestrijding, waarom het hier niet gaat) niet zelf patiënten kunnen werven los van de medische behandeling door andere specialisten die zij ondersteunen. In die zin zal er niet snel sprake van kunnen zijn dat verweerders het zelf in hun macht hebben (potentiële) patiënten van verweerders naar zich toe te trekken. Er is echter geen reden om aan te nemen dat alleen zulke concurrerende gedragingen in enge zin onder het non-concurrentiebeding zouden vallen. Het non-concurrentiebeding is ruim geformuleerd en daaronder vallen ook andere vormen van concurrentie. Indien anesthesiologische diensten worden verleend aan medisch specialisten die*

gevestigd en werkzaam zijn in het adherentiegebied van eiseres dan levert dat concurrentie op omdat die medisch specialisten aan wie die diensten worden geleverd ook potentiële klanten zijn van eiseres. Dat is ook waarom het hier gaat. F. is een potentiële klant voor eiseres aan wie zij anesthesiologische diensten zou kunnen leveren waarmee zij haar bedrijfsdebiet (binnen haar adherentiegebied) zou kunnen uitbreiden. Eiseres heeft zich ook op het standpunt gesteld dat zij daarin was geïnteresseerd en dat C. de opdracht had te onderzoeken of F. daarvoor belangstelling zou hebben. Hoewel C. dit ontkent, bieden de overgelegde stukken grond voor de veronderstelling dat dit juist is. Dat F. die belangstelling mogelijk nooit heeft gehad, doet er niet aan af dat zij een potentiële klant binnen het adherentiegebied van eiseres is. Ook andere vormen van concurrentie zijn denkbaar. Als F. door een aansprekende werkwijze patiënten naar zich weet toe te trekken voor een orthopedische operatie die zich anders in L. zouden hebben laten opereren met anesthesiologische zorg door eiseres dan is dat ook concurrentie. Met de verzakelijking van de zorgverlening is het alleszins begrijpelijk dat medisch-specialistische bedrijven met behulp van non-concurrentiebedingen als de onderhavige hun bedrijfsdebiet willen beschermen. Er is geen reden waarom in dit opzicht voor ondersteunende specialismen iets anders zou gelden. Het Scheidsgerecht heeft al eerder in gelijke zin geoordeeld (SG 19 december 2016 nr. 16/15). Vergelijkbare non-concurrentiebedingen zijn in tal van ledenovereenkomsten opgenomen. Er zijn geen concrete feiten of omstandigheden gesteld of gebleken op grond waarvan geoordeeld moet worden dat verweerders het non-concurrentiebeding anders en veel beperkter hebben mogen begrijpen dan het is geformuleerd.

- 5.4 Het lijkt gezien het voorgaande weinig twijfel dat verweerders het non-concurrentiebeding overtreden. Of en zo ja, in welke mate daardoor werkelijk schade wordt toegebracht aan eiseres is voor die conclusie op zichzelf niet relevant. Bepalend is dat het non-concurrentiebeding bescherming beoogt te bieden tegen potentieel nadeel door concurrentie. Daarvan is sprake en daarom heeft eiseres op zichzelf wel belang bij haar vordering. Al hetgeen verweerders overigens nog hebben aangevoerd, doet aan het voorgaande niet af. Hiermee is niet gezegd dat de vordering van eiseres tot staking door verweerders van hun werkzaamheden voor F. toewijsbaar is. Verweerders hebben zich erop beroepen dat eiseres tot 10 januari 2019 steeds alleen aanspraak heeft gemaakt op betaling van verbeurde boetes en schadevergoeding, maar nooit eerder nakoming van het beding heeft verlangd en dat eiseres op die keuze gezien de artikelen 6:88 (bedoeld zal zijn: 87) en 6:92 BW thans niet meer kan terugkomen. Volgens eiseres lag in de aanspraak op betaling van boetes besloten dat zij nakoming van het non-concurrentiebeding verlangde. In de brief van 15 november 2018 en de e-mail van 27 november 2018 van de toenmalige gemachtigde van eiseres aan verweerders is inderdaad alleen aanspraak gemaakt op betaling van boetes en schadevergoeding. Uit die brief en die e-mail valt niet af te leiden dat eiseres ook nakoming verlangde of zich het recht voorbehield nakoming te verlangen van het non-concurrentiebeding in die zin dat verweerders af moesten zien van hun voornemen om voor F. te gaan werken. Ook in het daarop volgende kort

geding heeft eiseres (toen verweerster) kennelijk het standpunt ingenomen dat het haar om de boetes was te doen en eventuele verdere schadevergoeding, zoals uit 5.1 van het vonnis van 7 januari 2019 blijkt. Eiseres heeft toen ook niet in reconventie gevorderd dat het verweerders zou worden verboden om voor F. te gaan werken, wat voor de hand had gelegen op een moment dat verweerders met hun werkzaamheden voor F. nog niet waren begonnen. Voor het eerst na het vonnis van 7 januari 2019 heeft eiseres per e-mail van 10 januari 2019 aanspraak gemaakt zowel op boetes als op nakoming, dat wil zeggen onthouding van werkzaamheden voor F..

5.5 In de gegeven omstandigheden ziet het Scheidsgerecht voorshands voldoende grond voor het oordeel dat eiseres niet meer alsnog van verweerders kan verlangen dat zij ter naleving van het non-concurrentiebeding hun werkzaamheden voor F. staken. In de eerste plaats geldt dat eiseres op grond van art. 6:92 lid 1 BW niet zowel betaling van boetes kan vorderen als nakoming van het non-concurrentiebeding op overtreding waarvan de boetes zijn gesteld. Nu eiseres steeds alleen aanspraak maakte op betaling van boetes (die verweerders overigens pas zouden gaan verbeuren na aanvang van hun werkzaamheden voor F.) en verdere schadevergoeding, mochten verweerders gezien deze bepaling ervan uitgaan dat zij niet zouden worden verhinderd feitelijk voor F. te gaan werken. In aanmerking genomen dat boetes op grond van art. 6:92 lid 2 BW in de plaats treden van schadevergoeding krachtens de wet, is er aanleiding aan te sluiten bij de bepaling van art. 6:87 BW. Verweerders mochten uit de schriftelijke mededelingen namens eiseres (die volgens art. 6:87 lid 1 BW vormvrij kunnen worden gedaan) afleiden dat eiseres de verplichtingen uit het non-concurrentiebeding had omgezet in betaling van te verbeuren boetes en verdere schadevergoeding. Dat kon eiseres ook omdat zij uit de mededelingen van verweerders moest afleiden dat zij hun verplichtingen uit het non-concurrentiebeding niet zouden nakomen en daarom in verzuim waren (art. 6:83 onder c BW). Had eiseres destijds duidelijk gemaakt dat zij zich het recht voorbeheld in plaats van aanspraak te maken op te verbeuren boetes zo nodig nakoming van het non-concurrentiebeding te verlangen, dan hadden verweerders nog ervan kunnen afzien voor F. te gaan werken zoals zij dat nu zijn gaan doen en eventueel andere keuzes kunnen maken, terwijl zij nu in een moeilijker parket zitten als zij hun werkzaamheden voor F. alsnog zouden moeten staken. Eiseres kan op de eerder gemaakte keuze daarom nu niet meer terugkomen.

5.6 De vorderingen van eiseres moeten daarom worden afgewezen. Dit laat onverlet dat verweerders het non-concurrentiebeding overtreden en daarom de daarop gestelde boetes verschuldigd zijn. Betaling van die boetes heeft eiseres in dit kort geding echter niet (bijvoorbeeld subsidiair) gevorderd.”

2.17 Eind februari/begin maart 2019 zijn G., Q. en N. (met terugwerkende kracht) per 27 september 2018 in het handelsregister geregistreerd als bestuursleden van A..

3. Het geschil

Het standpunt van A.

- 3.1 Verweerders hebben willens en wetens het non-concurrentiebeding overtreden door vanaf 1 januari 2019 anesthesiologische werkzaamheden voor F. te verrichten, ook nadat hun vorderingen tot schorsing van het non-concurrentiebeding bij arbitraal vonnis van 7 januari 2019 waren afgewezen. Verweerders hebben zich gevestigd binnen het adherentiegebied van A. en participeren in een zorgaanbod dat concurreert met dat van A.. Dit leidt ertoe dat zij alle vier hoofdelijk de boetes hebben verbeurd als bedoeld in artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst, dat wil zeggen per persoon: € 2.500,-- per overtreding, vermeerderd met € 1.000,-- voor iedere dag dat die overtreding voortduurt, met een maximum van € 60.000,--.
- 3.2 Daarnaast bepaalt artikel 6:130 BW dat de rechter op vordering van een benadeelde (in dit geval: A.) ook schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom kan toewijzen. De duur van het non-concurrentiebeding dient bij wijze van schadevergoeding in natura te worden verlengd tot twee jaar na de datum van betekening van het vonnis, omdat op deze wijze het meest recht wordt gedaan aan de oorspronkelijke bedoeling van partijen ten tijde van het aangaan van de ledenovereenkomst.
- 3.3 Tot slot dienen verweerders te worden veroordeeld om hun concurrerende werkzaamheden te staken en gestaakt te houden, primair tot de door het Scheidsgerecht verlengde einddatum (zie 3.2) en subsidiair tot 1 januari 2021, nu het vooruitzicht om de overeengekomen boetes te verbeuren kennelijk niet een afdoende prikkel is geweest om van die concurrerende werkzaamheden af te zien. A. duldt niet, en hoeft ook niet te dulden, dat verweerders in strijd met de gemaakte afspraken zich binnen het adherentiegebied van A. vestigen en daar participeren in een zorgaanbod dat concurreert met het zorgaanbod van A.. Er zijn voor verweerders genoeg andere mogelijkheden om buiten het adherentiegebied van A. als anesthesioloog aan de slag te gaan.
- 3.4 Anders dan is geoordeeld in het kortgedingvonnis van 7 maart 2019 mochten verweerders uit het maken van aanspraak op betaling van de boetes en schadevergoeding door A., niet afleiden dat A. de verplichtingen uit het non-concurrentiebeding had omgezet in de verplichting tot betaling van boetes en schadevergoeding. Verweerders miskenen dat in artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst is afgeweken van het bepaalde in artikel 6:92 lid 2 BW: naast de verschuldigde boetes bestaat recht op vergoeding van schade. De boete in artikel 11 lid 4 dient dan ook enkel als prikkel tot nakoming en uit het feit dat A. aanspraak maakte op die boete mochten verweerders niet begrijpen dat geen nakoming van het non-concurrentiebeding zou worden verlangd.

Het standpunt van verweerders

- 3.5 *Primair* is het Scheidsgerecht niet bevoegd tot kennisneming van het geschil. A. kan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht niet baseren op de ledenovereenkomst, omdat die niet door de daarbij betrokken partijen is ondertekend. Verder hebben verweerders betwist dat na het vertrek van C. en E. een rechtsgeldig gekozen bestuur bestond en, in het verlengde hiervan, dat een rechtsgeldig besluit is genomen de vordering in te stellen en volmacht aan een jurist te geven.

- 3.6 *Subsidiar* dient A. niet-ontvankelijk te worden verklaard, nu zij geen belang heeft bij de door haar ingestelde vorderingen (artikel 3:303 BW). Gesteld noch gebleken is dat A. schade lijdt door de overstap van verweerders naar F.. Die overstap zorgt er niet voor dat er minder omzet voor A. is. Anesthesiologen hebben geen eigen patiënten en kunnen die dus ook niet meenemen. De hoeveelheid werk (en omzet) wordt bepaald door factoren waar verweerders geen invloed op hebben, zoals de contracten die met zorgverzekeraars worden afgesloten. A. is voorts niet-ontvankelijk in haar vordering tot nakoming omdat zij er eerder reeds voor heeft gekozen om aanspraak te maken op schadevergoeding en de contractuele boete, en zij daar in verband met het bepaalde in artikel 6:87 en 6:92 BW niet van kan terugkomen en daarnaast niet en de boete en nakoming kan worden gevraagd.
- 3.7 *Meer subsidiar* is F. niet als concurrent van A. aan te merken en is (dus) geen sprake van overtreding van het non-concurrentiebeding. F. houdt zich (enerzijds) bezig met orthopedische en sportgeneeskundige zorg, terwijl A. zich (anderzijds) bezighoudt met anesthesiologische diensten. Het zorgaanbod is derhalve anders. Bovendien is het zorgaanbod van F. gericht op patiënten, terwijl het zorgaanbod van A. gericht is op poortspecialisten. Het adherentiegebied van A. (zoals bedoeld in artikel 11 lid 3 van de ledenovereenkomst) is beperkt tot de muren van het ziekenhuis. De verwijzing van patiënten van A. vindt immers plaats door andere medisch specialisten die werkzaam zijn binnen het ziekenhuis. A. heeft geen eigen patiënten en zij sluit ook geen contracten met zorgverzekeraars, zoals bij F. wel het geval is. Tot slot zal het aantal door F. verrichte operaties de komende jaren als gevolg van budgettaire beperkingen noodgedwongen moeten dalen, zodat F. geen groeiambitie heeft en ook in dat opzicht niet als concurrent is aan te merken.
- 3.8 Bij de toepassing en uitleg van het non-concurrentiebeding dient men er rekening mee te houden dat men bij de oprichting van A. (eind 2014) gehaast en onzorgvuldig te werk is gegaan en dat toen is gekozen voor standaardteksten, waaronder het litigieuze non-concurrentiebeding, zonder stil te staan bij de speciale positie van anesthesiologen als ondersteunende specialisten. In de context van ondersteunende specialismen zoals de anesthesiologie is een non-concurrentiebeding zoals in de ledenovereenkomst betekenisloos. Het non-concurrentiebeding waarop A. een beroep doet, is bovendien niet meer van deze tijd omdat ziekenhuizen en hun medisch-specialisten niet meer slechts de directe omgeving bedienen. Als gevolg van de toenemende innovatie en mobiliteit van patiënten kunnen zij überhaupt niet (langer) een geografisch afgebakend adherentiegebied claimen.
- 3.9 De door A. gevorderde boete is buitensporig hoog en dient tot nihil te worden gematigd. Verder gaat A. er ten onrechte van uit dat verweester 1 en C. (in privé) hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door verweester 3 en E. (in privé) verbeurde boetes en vice versa, en dat zowel C. en E. als hun respectieve praktijkvennootschappen verweester 1 en 3 bij overtreding ieder voor zich een boete van maximaal € 60.000,- verbeuren. Dat is niet in het non-concurrentiebeding overeengekomen en in zoverre dient de vordering van A. dan ook te worden afgewezen. Daarnaast kan A. geen aanspraak maken op wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW vanaf "de respectieve vervaldatum" maar slechts op wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf het moment dat daarop aanspraak is gemaakt, dat wil zeggen: vanaf het moment van indiening van de memorie van eis.

- 3.10 De door A. gevorderde verlenging van de duur van het non-concurrentiebeding is in strijd met wat partijen zijn overeengekomen en zou ertoe leiden dat het beding langer dan twee jaar geldt. Dat is onaanvaardbaar lang. De door A. gevorderde verlenging is niet te beschouwen als een schadevergoeding in natura maar heeft het karakter van een strafmaatregel. Daar leent het civiele schadevergoedingsrecht zich niet voor.
- 3.11 A. heeft gezien het voorgaande tot slot geen belang bij het door haar gevorderde verbod aan verweerders om zich bij F. aan te sluiten. Die aansluiting levert geen concurrentie met het zorgaanbod van F. op. Ook de gevorderde dwangsommen zijn buitensporig hoog.

Het geschil in (voorwaardelijke) reconventie

- 3.12 Eisers in reconventie voeren het volgende aan. Op grond van de jaarrekening 2017 bedroeg het saldo van de ledenrekening van zowel verweerster 1 als verweerster 3 per 31 december 2017 € 111.513,--. Op dat saldo is in 2018 € 25.000,-- door A. terugbetaald. Verweerders gaan er dan ook van uit dat het saldo per 31 december 2018 tenminste € 86.513 bedroeg. Op grond van artikel 12 lid 4 van de Statuten dient het bestuur van A. uiterlijk op 31 mei 2019 een jaarrekening 2018 te hebben opgemaakt. De stand van de ledenrekening is daarmee ook bekend. Ondanks verzoeken daartoe heeft A. verweerders nog altijd niet geïnformeerd over het saldo van de ledenrekening. Ook heeft A. ten onrechte geweigerd om dat saldo, of een voorschot daarop, uit te betalen. A. beroept zich daarbij onder meer op een besluit op grond waarvan het saldo gefaseerd uitbetaald wordt, terwijl een dergelijk besluit bij verweerders niet bekend is. Verweerders vorderen in reconventie dan ook dat A. een voorschot van € 80.000,-- aan verweerster 1 en verweerster 3 betaalt, en dat A. wordt veroordeeld om binnen 14 dagen na het gereedkomen van de jaarrekening 2018 van A. tot definitieve afrekening en uitbetaling van het saldo over te gaan.
- 3.13 A. heeft ter zitting aangevoerd dat er nog niet afgerekend kan worden omdat de jaarrekening 2018 van het ziekenhuis pas in het vierde kwartaal wordt verwacht en pas daarna de ledenrekening over dat jaar gereed gemaakt kan worden. Daarnaast is er een bestendig gebruik binnen de vakgroep dat bij vertrek van een lid het saldo niet in een keer maar in stappen wordt uitgekeerd.
- 3.14 De verdere stellingen van partijen komen, voor zover nodig, hierna aan de orde.

4. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht en de beoordelingsmaatstaf

- 4.1 Het Scheidsgerecht dient eerst te beslissen op het door verweerders gedane beroep op onbevoegdheid van het Scheidsgerecht om van deze zaak kennis te nemen en daarin te beslissen. Verweerders hebben hiertoe gesteld dat A. de bevoegdheid van het Scheidsgerecht niet kan baseren op de ledenovereenkomst, omdat die niet door de daarbij betrokken partijen is ondertekend.
- 4.2 Net zoals in het eerdere kort geding (SG 19/03) verwerpt het Scheidsgerecht het beroep op zijn onbevoegdheid. Verweerders hebben zich bij hun beroep op onbevoegdheid van het Scheidsgerecht op artikel 1021 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) beroepen. Volgens dit artikel wordt in geval van betwisting een overeenkomst tot arbitrage bewezen door 'een geschrift'. Een geschrift in de hier bedoelde betekenis kan

de vorm hebben van een geschrift dat in arbitrage voorziet en door of namens de wederpartij (in dit geval verweerders) 'uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard'. In de omstandigheden van dit geval is het Scheidsgerecht van oordeel dat verweerders op zijn minst genomen *stilzwijgend* hebben ingestemd met de gehele door A. in het geding gebrachte tekst van de ledenovereenkomst. Zoals in het hierboven (bij 2.13) geciteerde arbitraal vonnis in kort geding d.d. 7 januari 2019 is vastgelegd, hebben verweester 1 en verweester 3 zich in de eerder tussen partijen gevoerde procedure uitdrukkelijk op het arbitragebeding in de ledenovereenkomst beroepen, en in die procedure juist het standpunt ingenomen dat het Scheidsgerecht bevoegd was om van het toenmalige geschil kennis te nemen en daarin te beslissen. Voorts hebben C. en E. - mede namens verweester 1 en verweester 3 - tijdens de in die procedure gehouden zitting verklaard over de wijze waarop de ledenovereenkomst tot stand was gekomen en over de strekking en de betekenis van de daarin opgenomen bepalingen. Het Scheidsgerecht verbindt daaraan de gevolgtrekking dat verweerders de volledige tekst van de door A. overgelegde ledenovereenkomst hebben gekend en – bij gebreke van enige aanwijzing voor het tegendeel – (mogelijk stilzwijgend) hebben aanvaard. Dit is voldoende voor de gelding van het arbitrale beding op grond van artikel 1021 Rv.

- 4.3 Artikel 12 lid 2 van de ledenovereenkomst verwijst naar geschilbeslechting door het Scheidsgerecht "overeenkomstig zijn dan geldende reglementen". Deze verwijzing, bezien in samenhang met de leden 1 en 2 van artikel 25 van het Arbitragereglement van het Scheidsgerecht, heeft tot gevolg dat het Scheidsgerecht uitspraak zal doen bij arbitraal vonnis en zal beslissen naar de regelen des rechts.

5. De beoordeling van het geschil

In conventie

- 5.1 Het Scheidsgerecht zal eerst ingaan op het verweer dat er geen rechtsgeldig besluit is genomen door A. tot het voeren van deze procedure. Aan dat verweer ligt de stelling ten grondslag dat na het vertrek van C. en E. er geen bestuursleden waren die bevoegd waren tot het nemen van een dergelijk besluit. Ter zitting hebben C. en E. echter erkend, en dit blijkt ook uit diverse documenten, dat zij samen met G. en N. het bestuur vormden. Het Scheidsgerecht stelt dan ook vast dat na de opzegging door C. en E. er nog twee bestuursleden waren die, gelet op het bepaalde in artikel 10 en 11 van de statuten, rechtsgeldig besluiten konden nemen. Dat geldt dus ook voor het besluit tot het voeren van deze procedure. Op de verdere gang van zaken ten aanzien van de benoeming van de nieuwe bestuursleden waarover ter zitting uitvoerig is gesproken, gaat het Scheidsgerecht, bij gebrek aan relevantie, verder niet in.
- 5.2 Dan komt het Scheidsgerecht tot de kern van het geschil. In de bodemprocedure staat niet ter discussie dat artikel 11 van de Ledenovereenkomst partijen bindt. Aan de voordeelingen van A. ligt de stelling ten grondslag dat verweerders doordat zij per 1 januari 2019 werkzaamheden zijn gaan verrichten voor F., het non-concurrentiebeding overtreden. Verweerders bestrijden dit. Dat verweer valt uiteen in de volgende onderdelen:
- a) verweerders *participeren* niet in de zin van het bepaalde in het non-concurrentiebeding;
 - b) verweerders hebben geen eigen patiënten en concurreren dus niet;
 - c) F. is gevestigd buiten het relevante adherentiegebied.

- 5.3 Het Scheidsgerecht oordeelt als volgt. Het non-concurrentiebeding verplicht verweerders zich te onthouden van directe of indirecte participatie in een zorgaanbod dat concurreert met het zorgaanbod van A.. Die verboden participatie doet zich in ieder geval voor als verweerders zich gedurende een termijn van twee jaren binnen het adherentiegebied van A. vestigen, aldus artikel 11 lid 3 van de ledenovereenkomst.
- 5.4 Volgens verweerders is van 'participatie' alleen sprake ingeval van een financiële deelneming door inbreng van kapitaal. Daarvan is geen sprake nu verweerders geen aandelen in F. hebben, aldus verweerders. Het Scheidsgerecht volgt deze uitleg van de term participatie niet. Deze is te beperkt en in de context van de bepaling als geheel bezien, niet voor de hand liggend. Het gaat volgens de tekst van het beding om 'participatie in een zorgaanbod dat concurreert'. Die bewoordingen wijzen, juist nu het gaat om een beding van non-concurrentie, waarmee beoogd wordt het eigen aandeel in de zorg (het bedrijfsdebiet) te beschermen, erop dat het niet slechts gaat om een financiële deelneming, maar om deelname in het verlenen van (concurrerende) zorg. Verweerders hebben nog aangevoerd dat vanwege de wijze van totstandkoming van het beding – beschreven in rov. 5.4 van het vonnis in kort geding van 7 januari 2019 – er aanleiding is het beding beperkt uit te leggen, bijvoorbeeld wat betreft de uitleg van de term participatie. Het Scheidsgerecht ziet in de wijze van totstandkoming geen aanleiding het non-concurrentiebeding beperkter uit te leggen dan de uitleg die op grond van de gekozen bewoordingen en de strekking van het beding in de rede ligt. Het beding is nu eenmaal overeengekomen en de bewoordingen bieden onmiskenbaar steun aan de door A. bepleite uitleg en verweerders hebben geen bijkomende omstandigheden gesteld die tot een andere uitleg zouden moeten leiden.
- 5.5 In deze bodemprocedure is in de lijn van de voorlopige oordelen in de beide kort gedingvonnissen uitvoerig gedebatteerd over de vraag of sprake is van concurrentie. Verweerders hebben aangevoerd dat A. zich richt tot poortspecialisten en niet tot patiënten en dat het uitgesloten is dat verweerders poortspecialisten in het ziekenhuis ertoe zou kunnen bewegen om verweerders (in plaats van A.) in te schakelen voor anesthesiologische diensten. Het Scheidsgerecht is, zoals ook in de twee vonnissen in kort geding al is beslist, van oordeel dat ook andere vormen dan de door verweerders beschreven vorm van concurrentie onder het non-concurrentiebeding vallen. Het verlenen van anesthesiologische diensten door verweerders aan F., die in een aangrenzende gemeente is gevestigd, levert concurrentie op omdat de medisch specialisten aan wie verweerders hun diensten verlenen potentiële afnemers zijn van door A. te leveren zorg. Hoewel C. tijdens de zitting stellig heeft ontkend dat hij namens A. gesprekken zou voeren met F., acht het Scheidsgerecht dat standpunt, gelet op onder meer de notulen van de algemene ledenvergadering van 18 september 2018 (zie onder 2.7) niet houdbaar. F. was een potentiële klant voor A. aan wie zij anesthesiologische diensten zou kunnen leveren waarmee zij haar bedrijfsdebiet zou kunnen uitbreiden. Dat, zoals door verweerders en F. nu wordt gezegd, F. die belangstelling nooit heeft gehad, doet er, daargelaten wat er van die mededeling zij, niet aan af dat zij een potentiële klant is van A.. Ook het aantrekken door F. van patiënten die zich anders in het ziekenhuis zouden laten behandelen, beschouwt het Scheidsgerecht als een vorm van concurrentie waarop het beding betrekking heeft. Op zichzelf is juist dat het in eerste instantie gaat om concurrentie van F. met (vooralsnog de afdeling orthopedie binnen) het ziekenhuis, maar de effecten van een afnemend aanbod bij dat poortspecialisme in het ziekenhuis kunnen voelbaar en daarmee concurrerend zijn voor A.. Anders dan verweerders herhaaldelijk aanvoeren, is er, gelet op de bewoordingen van het non-concurrentiebeding,

geen aanleiding van een beperktere uitleg van het non-concurrentiebeding uit te gaan. Zou het beding worden uitgelegd zoals verweerders voorstaan, namelijk dat zij nu zij geen poortspecialisten zijn dus niet concurrerend kunnen werken, dan is het beding zonder betekenis. Dat ligt niet in de rede. Verweerders hebben aangevoerd dat het aantal operaties in het ziekenhuis gelijk is gebleven, dat A. geen marktpositie heeft, geen eigen patiënten en geen eigen contracten met zorgverzekeraars. Ook dat argument stuit af op hetgeen hiervoor is overwogen: effecten op het aanbod bij de poortspecialisten in het ziekenhuis kunnen invloed hebben op het zorgaanbod van A..

- 5.6 Op grond van het voorgaande is de schending van artikel 11 lid 3 van de Ledenovereenkomst gegeven. Of F. gevestigd is in het adherentiegebied van A., doet dan op zich niet meer ter zake. Overigens is het Scheidsgerecht van oordeel dat dat wel het geval is. F. is statutair gevestigd in T. (O) en verleent orthopedische zorg in T. en S.. In de considerans van de ledenovereenkomst, waar A. naar verwijst, is beschreven dat het adherentiegebied van A. Z. en de omliggende gemeenten betreft. Niet alleen grenst de gemeente T. aan de gemeente Z., beide steden liggen slechts op zo'n 9 kilometer afstand van elkaar. Verweerders hebben aangevoerd dat het erom gaat uit welke gemeente het merendeel van de patiënten wordt verwezen naar het ziekenhuis en daar valt T. volgens verweerders niet onder. Uit het door A. in het geding gebrachte overzicht blijkt echter dat het ziekenhuis ook patiënten uit T. en S. aantrekt. Bezien vanuit de strekking van het non-concurrentiebeding, dat erop is gericht het bedrijfsdebiët te beschermen en concurrerende participatie in het zorgaanbod te voorkomen, is het naar het oordeel van het Scheidsgerecht evident dat een aangrenzende gemeente, van waaruit potentieel patiënten afkomstig zijn, tot het adherentiegebied hoort als bedoeld in artikel 11 lid 4 van de Ledenovereenkomst.
- 5.7 Verweerders hebben nog bepleit dat strikte toepassing van het non-concurrentiebeding niet past bij de ontwikkeling van steeds verdergaande specialisatie van ziekenhuizen en een bereidheid onder patiënten om te reizen voor de beste zorg. Daar past het niet specialisten 'vast te ketenen' aan een ziekenhuis. Dat is ook niet wat met het non-concurrentiebeding wordt beoogd. Daarmee wordt beoogd gedurende een zekere periode participatie van medisch specialisten en leden in het zorgaanbod, in het zorggebied rondom het ziekenhuis tegen te gaan uit oogpunt van bescherming van het bedrijfsdebiët. Daarbij komt dat als het puur gaat om het verlenen van bijstand als medisch specialist aan een aangrenzende specialistische kliniek, C. en E. de anesthesiologische zorg ook onder de vlag van A. hadden kunnen verlenen.
- 5.8 Het Scheidsgerecht komt tot de conclusie dat verweerders doordat zij werkzaamheden voor F. verrichten in strijd handelen met het non-concurrentiebeding. Of en zo ja, in welke mate daardoor werkelijk schade wordt toegebracht aan A. is voor die conclusie op zichzelf niet relevant. Bepalend is dat het non-concurrentiebeding bescherming beoogt te bieden tegen potentieel nadeel door concurrentie. Daarmee is ook gegeven dat A. een voldoende belang heeft bij de door haar ingestelde vorderingen.
- 5.9 Op grond van de schending van het non-concurrentiebeding vordert A.:
- i) de verbeurde boetes (1.1 onder I en II),
 - ii) verlenging van de duur van het beding als vorm van schadevergoeding in natura (1.1 onder III), en, kort gezegd:
 - iii) nakoming van het concurrentiebeding (1.1 onder IV).

- 5.10 Zoals hiervoor is geoordeeld is het non-concurrentiebeding overtreden. De vordering tot betaling van de boetes is in beginsel – het Scheidsgerecht zal hierna ingaan op de hoogte – toewijsbaar.
- 5.11 A. heeft daarnaast nakoming van het non-concurrentiebeding gevorderd. A. heeft deze vordering – reagerend op het kortgedingvonnis van 7 maart 2019 en anticiperend op het verweer van verweerders – als volgt toegelicht. In artikel 11 lid 4 van de Ledenovereenkomst is afgeweken van het in artikel 6:92 lid 2 BW bepaalde dat hetgeen op grond van een boetebeding verschuldigd is, in de plaats treedt van schadevergoeding op grond van de wet. In artikel 11 lid 4 van de Ledenovereenkomst staat namelijk dat per overtreding een boete is verschuldigd, *onverminderd het recht op vergoeding van schade*. Dat betekent dat zowel een boete als schadevergoeding gevorderd kunnen worden en dat de boete dus enkel een prikkel tot nakoming is. Tegen deze achtergrond mocht A. de brief van 15 november 2018 en de email van 27 november 2018 dus niet zo begrijpen dat met het maken van aanspraak op boetes en schadevergoeding, A. de verbintenis in artikel 11 lid 3 van de Ledenovereenkomst wenste om te zetten in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding.
- 5.12 Verweerders hebben in deze bodemprocedure opnieuw een beroep gedaan op artikel 6:87 BW: in de brief van 15 november 2018 en de email van 27 november 2018 is de keuze gemaakt om schadevergoeding en boete in plaats van nakoming te vorderen, althans daarvan zijn verweerders uitgegaan. Daarvan kan A. nu niet meer terugkomen. Als met artikel 11 lid 4 van de Ledenovereenkomst al is afgeweken van artikel 6:92 lid 2 BW doet dat alleen ter zake wanneer de daadwerkelijke schade die A. heeft geleden, hoger is dan de totale verbeurde boete. Daarnaast hebben verweerders gewezen op artikel 6:92 lid 1 BW: A. kan niet zowel boete als nakoming vorderen.
- 5.13 Het Scheidsgerecht stelt het volgende voorop.
Artikel 6:92 lid 1 BW bepaalt dat een schuldeiser geen nakoming kan vorderen van zowel het boetebeding als van de verbintenis waaraan het boetebeding is verbonden. Artikel 6:92 lid 2 BW bepaalt vervolgens dat hetgeen ingevolge het boetebeding verschuldigd is, in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet. Deze bepalingen zijn van aanvullend recht, partijen kunnen van deze bepalingen afwijken. Artikel 6:87 BW bepaalt tot slot dat voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, de verbintenis wordt omgezet in een tot vervangende schadevergoeding, wanneer de schuldenaar in verzuim is en de schuldeiser hem schriftelijk mededeelt dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert.
- 5.14 A. heeft gesteld dat in het non-concurrentiebeding is afgeweken van artikel 6:92 lid 2 BW. Zij heeft echter niet gesteld dat is afgeweken van artikel 6:92 lid 1 BW en daarvan is het Scheidsgerecht ook niet gebleken. Dat betekent dat te gelden heeft dat A. niet zowel nakoming kan vorderen van het non-concurrentiebeding als betaling van de verbeurde boete. Dat spreekt ook voor zich: zij kan niet krijgen wat haar volgens de hoofdverbintenis toekomt, namelijk het niet participeren in zorgaanbod door verweerders, en tevens datgene vorderen waarop zij recht heeft wanneer die hoofdverbintenis niet wordt nagekomen. Dit zou anders kunnen zijn wanneer de boete alleen gesteld is op niet-tijdige nakoming, maar A. heeft, ondanks het specifiek op dit punt gevoerde verweer, niet toegelicht dat dat het geval is. Uit de tekst van het non-concurrentiebeding leidt het Scheidsgerecht dit ook niet af. De vordering tot nakoming naast de opeising van de verbeurde boetes stuit dus allereerst af op artikel 6:92 lid 1 BW.

- 5.15 Wat betreft het beroep op artikel 6:87 BW overweegt het Scheidsgerecht het volgende. In de brief van 15 november 2018 en de e-mail 27 november 2018 heeft A. telkens in heldere bewoordingen aangekondigd dat wanneer verweerders zich bij F. zouden aansluiten, dat tot gevolg heeft dat A. aanspraak op boetes en schadevergoeding kan maken. Uit die brief en die e-mail valt niet af te leiden dat A. ook nakoming verlangde of zich het recht voorbehield nakoming te verlangen van het non-concurrentiebeding in die zin dat verweerders af moesten zien van hun voornemen om voor F. te gaan werken. In het daarop volgende eerste kort geding dat eind december 2018 diende heeft A. geen reconventionele vordering ingesteld inhoudende dat het verweerders zou worden verboden om voor F. te gaan werken, wat, zoals ook in het vonnis van 7 maart 2019 is overwogen, voor de hand had gelegen omdat verweerders op dat moment nog niet met hun werkzaamheden voor F. waren begonnen.
- 5.16 Het standpunt van A. dat met de afwijking in artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst van artikel 6:92 lid 2 BW de boete duidelijk het karakter heeft van een prikkel tot nakoming, en de aankondiging dat boetes verbeurd zouden worden in feite dus een aankondiging is dat A. nakoming verlangt, volgt het Scheidsgerecht niet. Op zichzelf is niet in geschil dat met artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst is afgeweken van artikel 6:92 lid 2 BW. De tekst van artikel 11 lid 4 van de Ledenovereenkomst dwingt echter niet zonder meer tot de uitleg die A. voorstaat. De tekst laat evengoed ruimte voor de opvatting van verweerders dat wanneer meer schade is geleden dan de totaal verbeurde boetes, op grond van artikel 11 lid 4 van de Ledenovereenkomst, aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd. De boete heeft in de visie van het Scheidsgerecht dan ook niet evident louter het karakter van een prikkel tot nakoming maar kan net zo zeer mede zien op vergoeding van schade en dus een tweeledig karakter hebben. Dit geldt nog eens te meer wanneer de hiervoor genoemde mededelingen van A. worden bezien tegen de achtergrond van het bepaalde in artikel 6:92 lid 1 BW, op grond waarvan niet zowel nakoming als een boete en schadevergoeding kan worden gevorderd. Die bepaling geeft juist steun aan het standpunt van verweerders dat zij uit de mededelingen van A. mocht afleiden dat geen nakoming werd verlangd omdat boete en schadevergoeding in het vooruitzicht werden gesteld.
- 5.17 Verweerders mochten uit de mededelingen van A. en de procesopstelling in het eerste kort geding redelijkerwijs afleiden dat A. geen nakoming - dus het verhinderen van verweerders om werkzaamheden voor F. te gaan verrichten - maar uitsluitend betaling van boetes en schadevergoeding verlangde en dat A. de verplichtingen uit het non-concurrentiebeding derhalve had omgezet in een verplichting tot betaling van te verbeuren boetes en schadevergoeding. A. kon dat ook omdat zij uit de mededelingen van verweerders moest afleiden dat zij het non-concurrentiebeding niet zouden nakomen en daarom in verzuim waren. A. heeft op dit punt in deze bodemprocedure in ieder geval niet iets anders aangevoerd. Terecht is in het vonnis van 7 maart 2019 geoordeeld, en het Scheidsgerecht neemt dat oordeel in deze bodemprocedure over, dat wanneer A. destijds meteen duidelijk had gemaakt dat zij zich het recht voorbehield zo nodig nakoming van het non-concurrentiebeding te verlangen in plaats van aanspraak te maken op te verbeuren boetes, verweerders nog ervan hadden kunnen afzien voor F. te gaan werken zoals zij dat nu zijn gaan doen. Zij hadden dan eventueel andere keuzes kunnen maken, terwijl zij nu in een moeilijker parket zitten als zij hun werkzaamheden voor F. alsnog zouden moeten staken. A. kan van de eerder gemaakte keuze daarom nu niet meer terugkomen.

- 5.18 A. heeft verder kenbaar gemaakt dat zij vreest voor precedentwerking ten opzichte van andere leden. Ten overvloede overweegt het Scheidsgerecht dat uit hetgeen hiervoor is geoordeeld volgt dat het non-concurrentiebeding verweerders wel degelijk bindt en dat het handelen van verweerders in strijd is met dit beding, maar dat vanwege de specifieke omstandigheden van dit geval, de vordering tot nakoming van het beding – gezien de eerder door A. gemaakte keuze voor de gevorderde boete en schadevergoeding - in dit geval niet (meer) toewijsbaar is.
- 5.19 De vordering tot staking en het gestaakt houden van de aansluiting bij F. is, zoals uit het voorgaande volgt, niet toewijsbaar. Dat geldt in het verlengde daarvan ook voor de vordering onder IV (ii). De vordering onder IV (iii) om een verbod uit te spreken op het actief werven onder patiënten uit de overgedragen praktijk zal ook worden afgewezen. Tussen partijen is niet in geschil dat verweerders geen poortspecialisten zijn en zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien op welke wijze verweerders onder patiënten uit de overgedragen praktijk zouden kunnen werven. De vordering tot verlenging van de duur van het beding van non-concurrentie (III) berust op de gedachte dat het verweerders tot de beslissing in de bodemprocedure ten onrechte mogelijk is geweest concurrerende werkzaamheden te verrichten en daarom moet de duur van twee jaar ingaan vanaf de beslissing in deze procedure. Nu het Scheidsgerecht oordeelt dat de vordering tot staking en het gestaakt houden van de aansluiting bij F. zal worden afgewezen, ontvalt de grondslag aan deze vordering.
- 5.20 A. heeft van de vier verweerders het maximum aan verbeurde boetes gevorderd. Volgens A. volgt uit artikel 11 lid 3 van de ledenovereenkomst dat zowel het lid als de medisch specialist de verplichting op zich hebben genomen om niet te gaan concurreren en volgt uit artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst dat zowel het lid als de medisch specialist hoofdelijk verplicht zijn de boete te betalen. Ter zitting heeft A. nog nader toegelicht dat uit het woord 'hoofdelijk' volgt dat het om zowel een door de medisch specialist als het lid (de vennootschap) verbeurde boete gaat. Verweerders bestrijden dit.
- 5.21 In artikel 11 lid 3 van de ledenovereenkomst staat inderdaad dat het lid en de medisch specialist zich gedurende twee jaar onthouden van concurrentie. In artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst staat dat het lid en de medisch specialist hoofdelijk verplicht zijn om aan A. de overeengekomen boete te betalen. De term hoofdelijk wijst er op zichzelf niet op dat steeds zowel het lid als de medisch specialist *ieder* de boete verschuldigd zijn maar duidt slechts aan dat A. tegenover zowel het lid als de medisch specialist recht heeft op nakoming voor het geheel, dus betaling van de totaal verbeurde boetes. Naar het oordeel van het Scheidsgerecht bepaalt artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst niet met zoveel woorden dat bij overtreding *ieder* afzonderlijk een boete verschuldigd is. Het ligt naar het oordeel van het Scheidsgerecht ook niet voor de hand om artikel 11 lid 3 in samenhang met artikel 11 lid 4 van de ledenovereenkomst zo uit te leggen dat zowel de medisch specialist als zijn vennootschap in geval van schending van het non-concurrentiebeding ieder de boete verschuldigd zijn. De boete is immers gesteld op handelen in strijd met het non-concurrentiebeding door het participeren in zorgaanbod. Feitelijk is het de medisch specialist die aldus kan handelen. Het lid en de medisch specialist moeten in die zin worden beschouwd als een en dezelfde partij die concurrerend optreedt. De vordering tot betaling van de boetes zal dus in die zin worden toegewezen

dat verweerster 1 en C. hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van € 60.000,-. Datzelfde geldt voor verweerster 3 en E..

- 5.22 Verweerders hebben een beroep gedaan op matiging van de boetes. Zij hebben erop gewezen dat gesteld noch gebleken is dat daadwerkelijk schade is geleden, dat het beding lichtzinnig in de ledenovereenkomst is opgenomen zonder dat duidelijk is dat het voor anesthesiologen toepasbaar en zinvol is, dat het beding extreem ruim is en dat het inroepen van het beding uitsluitend voortkomt uit de zorg om 'alle kikkers in de kruiwagen te houden' en niet uit de wens concurrentie te voorkomen.
- 5.23 Voor matiging kan aanleiding bestaan indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Wanneer toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, kan van de bevoegdheid tot matiging gebruik worden gemaakt. Daarbij moet worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen. Het Scheidsgerecht ziet geen aanleiding tot matiging. Voor dat oordeel zijn allereerst de omstandigheden voorafgaand aan de opzegging door C. en E. van belang. Hiervoor heeft het Scheidsgerecht geoordeeld dat voldoende is gebleken dat aan C. de taak was toebedeeld om namens A. – en in de tijd van A. – te onderzoeken of een toekomstige samenwerking met F. tot de mogelijkheden behoorde. In plaats van dat te doen heeft het er alles van weg dat C. niet zozeer de belangen van A. heeft gediend maar veeleer die van hemzelf en die van E.. Dat dat A. bijzonder tegen de borst stuit is alleszins begrijpelijk. Daarnaast speelt mee dat verweerders nadat bij vonnis van 7 januari 2019 was geoordeeld dat het non-concurrentiebeding niet zal worden geschorst, toch de afweging hebben gemaakt om voor F. actief te worden, daarmee het verbeuren van boetes op de koop toe nemend. Het kan zo zijn dat de (inkomens)schade voor (de leden van) A. (bijzonder) gering is, maar het Scheidsgerecht kent doorslaggevend gewicht toe aan de hiervoor beschreven omstandigheden op grond waarvan er geen sprake van is dat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boetes moeten worden gematigd.
- 5.24 Over de boete zal de wettelijke rente en niet de wettelijke handelsrente worden toegevoegd. Het gaat hier namelijk niet om een vordering uit hoofde van een handelsovereenkomst. De wettelijke rente over een op grond van een boetebeding verbeurde boete is eerst verschuldigd na een schriftelijke aanmaning op de voet van artikel 6:82 BW (vgl. HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3127). A. heeft ter zitting primair aangevoerd dat de brief van 15 november 2018 als een aanmaning moet worden beschouwd maar van schending van het non-concurrentiebeding en dus van het verbeuren van boetes was op dat moment nog geen sprake. Uit de stukken blijkt dat verweerders bij brief van 10 januari 2019 zijn aangemaand voor de tot dat moment verbeurde boetes (€ 11.500,-). Voor de nadien verbeurde boetes heeft de memorie van eis als aanmaning te gelden.

In reconventie

- 5.25 De bevoegdheid van het Scheidsgerecht om te oordelen over de vordering in reconventie is niet bestreden door A.. Het Scheidsgerecht ziet ook zelf geen grond voor onbevoegdheid. Daarmee ontvalt het voorwaardelijke karakter aan de vordering in reconventie.

- 5.26 In reconventie vragen eisers in reconventie dat het bedrag van hun storting op de ledenrekening wordt terugbetaald, althans een voorschot op dat bedrag. Zij baseren zich voor die vordering op artikel 6 lid 5 van de statuten, waarin staat dat bij het einde van het lidmaatschap het bedrag van de ledenrekening wordt uitgekeerd. Wat het saldo op 31 december 2018 was, is eisers in reconventie niet bekend. Daarom wordt een voorschot gevorderd, met een veroordeling tot het doen van definitieve afrekening op uiterlijk 15 juni 2019 op straffe van een dwangsom met eventuele verrekening van het desbetreffende bedrag.
- 5.27 Ter zitting is door A. toegelicht dat het saldo van de ledenrekening 2018 nog niet bekend is. Daarvoor is de jaarrekening van het ziekenhuis benodigd die, zo is ter zitting onbestreden aangevoerd, net zoals in voorgaande jaren pas in het vierde kwartaal zal volgen. Partijen zijn het er op zichzelf over eens dat eisers in reconventie aanspraak kunnen maken op hun respectieve saldi op de ledenrekening. Een veroordeling tot het doen van een definitieve afrekening vóór 15 juni 2019 op straffe van een dwangsom is bij de huidige stand van zaken, gelet op het vaststaande feit dat het saldo op dit moment – net als in voorgaande jaren - eenvoudigweg nog niet kan worden vastgesteld, niet toewijsbaar. Datzelfde geldt voor het gevraagde voorschot op de afrekening. A. heeft daarover aangevoerd, en zij heeft dat onderbouwd met informatie over uitbetalingen aan eerder vertrokken leden, dat geen van de vertrekkende leden in het verleden het saldo op de ledenrekening in een keer heeft ontvangen maar dat dat in termijnen is uitgekeerd, en dat dit een gebruik is binnen de Vakgroep. Dit is door eisers in reconventie ter zitting niet, althans niet gemotiveerd, bestreden. Bij die stand van zaken is toewijzing van een voorschot op het saldo van de ledenrekening ineens, ook niet toewijsbaar.
- 5.28 Het voorgaande neemt vanzelfsprekend niet weg dat als op enig moment de jaarrekening van het ziekenhuis is vastgesteld en A. in gebreke mocht blijven om een definitieve afrekening op te (doen) stellen of het saldo van de ledenrekening conform het bepaalde in artikel 6 van de statuten en in overeenstemming met overige afspraken en bestendig gebruik uit te keren, eisers in reconventie zich alsnog met een vordering tot voldoening van saldo van de ledenrekening tot het Scheidsgerecht kunnen wenden.

In conventie en reconventie

- 5.29 In conventie zijn partijen over en weer in het ongelijk gesteld. In reconventie zijn eisers in reconventie in het ongelijk gesteld. Nu het zwaartepunt van deze zaak en de daarmee gemoeide tijd vooral betrekking op heeft de kwesties in conventie, ziet het Scheidsgerecht aanleiding te bepalen dat partijen ieder de helft van de kosten van het Scheidsgerecht dienen te voldoen en dat partijen voor het overige hun eigen kosten dragen.

6. De beslissing

Het Scheidsgerecht:

In conventie

- 6.1 veroordeelt C. en B. BV hoofdelijk om aan A. een bedrag van € 60.000,- wegens verbeurde boetes te voldoen, te vermeerderen met de wettelijke

rente te berekenen over een bedrag van € 11.500,- vanaf 10 januari 2019 tot de dag van algehele voldoening en over een bedrag van € 48.500,- vanaf 19 maart 2019 tot de dag van algehele voldoening;

- 6.2 veroordeelt E. en D. BV hoofdelijk om aan A. een bedrag van € 60.000,- wegens verbeurde boetes te voldoen, te vermeerderen met de wettelijke rente te berekenen over een bedrag van € 11.500,- vanaf 10 januari 2019 tot de dag van algehele voldoening en over een bedrag van € 48.500,- vanaf 19 maart 2019 tot de dag van algehele voldoening;

- 6.3 wijst het meer of anders gevorderde af;

In reconventie

- 6.4 wijst de vorderingen van eisers in reconventie af;

In conventie en in reconventie

- 6.5 stelt de kosten van het Scheidsgerecht vast op € 8.316,08 en bepaalt dat deze kosten zullen worden verhaald op het door A. gedeponeerde voorschot. Verweerders worden hoofdelijk veroordeeld om de helft daarvan, ten bedrage van € 4.158,04, aan A. te betalen;
- 6.6 bepaalt dat elke partij voor het overige de eigen kosten dient te dragen.

Aldus vastgesteld te Utrecht en op 22 juli 2019 aan de partijen verzonden.