

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Arbitraal vonnis van 7 maart 2019

Kenmerk: SG KG 19/03

Het Scheidsgerecht, samengesteld als volgt:
mr. R.J.B. Boonekamp, wonende te Arnhem, voorzitter,
bijgestaan door mr. F. Diepraam, griffier,
heeft het navolgende vonnis gewezen in het kort geding van

de coöperatie **A. (A.) U.A.**,
gevestigd te Z.,
eiseres,
gemachtigde: mr. E.P. Cornel,

tegen:

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

verweerders,
gemachtigde: mr. M.C. Schepel.

Partijen worden hierna aangeduid als eiseres en verweerders (waarbij verweerders afzonderlijk zullen worden aangeduid als: verweerster 1, C., verweerster 3 en E.).

1. De procedure

- 1.1 Eiseres heeft met een e-mail van 4 februari 2019 van haar gemachtigde dit kort geding aanhangig gemaakt. Met een memorie van eis van 11 februari 2019 heeft zij verzocht dat het Scheidsgerecht bij arbitraal vonnis in kort geding, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, verweerders beveelt om binnen 24 uur na betekening van het te dezen te wijzen vonnis:
 - 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 het zorgaanbod van eiseres; en
- 3) gedurende de periode tot 1 januari 2021 niet actief onder patiënten uit de overgedragen praktijk te werven;

zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50.000,= ineens voor iedere overtreding van de hoofdveroordeling, en daarnaast een dwangsom van € 25.000,= 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, met veroordeling van verweerders 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 achttien producties (genummerd 1-18) gevoegd.

- 1.2 Verweerders hebben met een brief van 22 februari 2019 een memorie van antwoord ingediend. Bij deze memorie zijn geen producties gevoegd. Verweerders hebben geconcludeerd tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht om van het geschil kennis te nemen, althans tot niet-ontvankelijkverklaring van eiseres in haar vorderingen, althans tot afwijzing van die vorderingen, met veroordeling van eiseres in (i) de kosten van het Scheidsgerecht, (ii) een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand van verweerders ter hoogte van € 5.000,=, 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 brief van 27 februari 2019 heeft de gemachtigde van eiseres twaalf nadere producties (genummerd 19-30) ingezonden.
- 1.4 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 1 maart 2019. Aan de zijde van eiseres waren aanwezig G. (anesthesioloog) en H. (anesthesioloog-pijnspecialist), met de gemachtigde. Aan de zijde van verweerders waren aanwezig: C. en E. (mede namens verweersters 1 en 3) alsmede H. te I. en J. (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. Enkele vaststaande feiten

- 2.1 C. en E. zijn anesthesiologen en waren tot 1 januari 2019 als medisch specialist werkzaam in het ziekenhuis K. ("het ziekenhuis"). Hun werkzaamheden omvatten de anesthesiologie bij hartoperaties, niet de pijnbestrijding. Verweersters 1 en 3 (de respectieve praktijkvennootschappen van C. en E.) waren tot 1 januari 2019 lid van eiseres. Eiseres is een van de medisch-specialistische bedrijven waarmee het ziekenhuis samenwerkingsovereenkomsten heeft gesloten. Eiseres 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.. Eiseres heeft als hoofdlocatie het ziekenhuis (te Z.) en heeft nevenlocaties op andere plaatsen in Z. en voorts in U. en T..

Statuten en ledenovereenkomst

- 2.3 In de statuten van eiseres is – voor zover in deze procedure relevant – onder meer het volgende bepaald (waarbij eiseres 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. (...)"*.

- 2.4 De verhouding tussen eiseres ("de coöperatie") en verweerders is bepaald door een ledenovereenkomst ("de ledenovereenkomst"), waaraan zowel verweersters 1 en 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 (primair) 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 beëindiging 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 eiseres aangekondigd het lidmaatschap van eiseres 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 L. ("L."). Per diezelfde datum zou F. binnen de muren van L., waar zij voorheen in opdracht van L. werkzaamheden verrichtte, een volledig zelfstandig behandelcentrum met een eigen WTZi-toelating worden.
- 2.6 Eiseres levert geen anesthesiologische zorg of diensten aan F.. De door eiseres geleverde anesthesiologische zorg en diensten betreffen voor ongeveer 10% de orthopedie.
- 2.7 Op 25 september 2018 hebben C. en E. vervolgens elk, mede namens verweerster 1 respectievelijk verweerster 3, een brief aan eiseres en de andere leden van eiseres gestuurd. Deze brief heeft onder meer de volgende inhoud:

"Hierbij zeg ik, namens [verweerster 1 respectievelijk verweerster 3], haar lidmaatschap van [eiseres], 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 beëin-

diging van de Ledenovereenkomst met ingang van 1 januari 2019. Voor zover nodig zeg ik volledigheidshalve hierbij ook de Ledenovereenkomst, zowel namens [verweerster 1 respectievelijk verweerster 3] als namens mijzelf (...), op per 1 januari 2019.

(...)”

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

“XXX”

- 2.9 Met een brief van 15 november 2018 heeft de toenmalige gemachtigde van eiseres 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 [verweersters 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 [L.] 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.”

- 2.10 In een e-mail van 27 november 2018 aan de toenmalige gemachtigde van verweerders heeft de toenmalige gemachtigde van eiseres 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 inwonen, 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 (M.) 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 Ziekenhuis te Z. 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 N. 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 hante- ren zoals door uw cliënten benoemd in eerdere vergaderingen en correspon- dentie, 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 bo- ven een procedure. Cliënten zijn daarom bereid om middels een onafhankelijk mediator een oplossing te beproeven”.

Eerdere procedure bij het Scheidsgerecht

2.11 Op 7 december 2018 hebben verweersters 1 en 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) eiseres te veroordelen om te gehengen en te gedogen dat verweerders vanaf 1 januari 2019 werkzaamheden voor F. zouden gaan verrichten en (3) eiseres te veroordelen in de kosten van de proce- dure.

2.12 Bij arbitraal vonnis in kort geding van 7 januari 2019 heeft het Scheidsgerecht de vorde- ringen van verweersters 1 en 3 afgewezen, en daartoe onder meer het volgende over- wogen:

“

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 be- antwoorden zij deze vraag ontkennend. Verweester bepleit het tegen- deel. Tijdens de zitting heeft verweester 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 verweester geen (te- gen)vordering heeft ingesteld. Het gaat verweester niet om het (door haar op zichzelf betreude) vertrek van eisers op een vrij korte termijn, maar om het nadeel dat zij lijdt door de vestiging van eisers in “haar” verzorgingsgebied. Verweester heeft verklaard dat zij intussen in de op- volging van eisers heeft voorzien, maar ook dit gegeven is dus niet rele- vant voor het geschil tussen partijen.*

5.2 *Het is in hoge mate aannemelijk dat F. een concurrent is van verweer- ster. 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 verweester heeft gesteld over het type patiënten dat F. behandelt, te weten degenen met lichtere aandoenin- gen, hetgeen volgens verweester financieel profijtelijk is. In dit kort ge- ding 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 lijkt 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 andere 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 verlegde 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."*

2.13 Bij e-mail van 10 januari 2019 heeft eiseres verweersters 1 en 3 gesommeerd om de proceskosten waarin zij was veroordeeld te voldoen, de inmiddels verbeurde contractuele boetes te voldoen en hun participatie in F. te staken. Aan deze sommatie hebben verweersters 1 en 3 niet voldaan. C. en E. staat nog altijd 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."

3. Het geschil

Het standpunt van eiseres

3.1 Verweerders handelen evident in strijd met het non-concurrentiebeding. Zij hebben zich gevestigd binnen het adherentiegebied van eiseres en participeren in een zorgaanbod dat concurreert met dat van eiseres. Eiseres richt zich immers op integrale anesthesiologische zorg- en dienstverlening in (primair) Z. en haar omringende gemeenten en F. is gevestigd in Z. en actief op locaties in S. en T.. Er zijn voor verweerders genoeg andere mogelijkheden om buiten het adherentiegebied van eiseres als anesthesioloog aan de slag te gaan. Nu verweerders ook na sommaties van eiseres volharden in hun overtreding van het non-concurrentiebeding, heeft eiseres er spoedeisend belang bij dat verweerders worden veroordeeld tot nakoming van dat beding op straffe van een

dwangsom die de tussen partijen overeengekomen boete (van maximaal € 60.000,=) overstijgt.

Het standpunt van verweerders

- 3.2 *Primair* is het Scheidsgerecht niet bevoegd tot kennisneming van het geschil. Eiseres kan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht niet baseren op de ledenovereenkomst, omdat die niet door de daarbij betrokken partijen is ondertekend.
- 3.3 *Subsidiar* dient eiseres niet-ontvankelijk te worden verklaard. In de eerste plaats heeft zij onvoldoende (spoedeisend) belang bij de door haar ingestelde eis, omdat er geen sprake is van concurrentie en eiseres door het vertrek van verweerders naar F. ook anderszins geen schade of nadeel lijdt. In de tweede plaats is niet voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste als bedoeld in artikel 7:653 BW. Ondanks het feit dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, is dat artikel gelet op de aard en de gevolgen van het non-concurrentiebeding toch van toepassing.
- 3.4 *Meer subsidiar* is F. niet als concurrent van eiseres aan te merken en is (dus) geen sprake van overtreding van het non-concurrentiebeding. Verweerders hebben geen aandelen in F. en nemen evenmin op andere wijze deel in F.. F. houdt zich (enerzijds) bezig met orthopedische en sportgeneeskundige zorg, terwijl eiseres zich (anderzijds) bezighoudt met anesthesiologische diensten. Het zorgaanbod is derhalve anders. Bovendien is het zorgaanbod van F. gericht op patiënten, terwijl het zorgaanbod van eiseres gericht is op poortspecialisten. Het adherentiegebied van eiseres (zoals bedoeld in artikel 11 lid 3 van de ledenovereenkomst) is beperkt tot de muren van het ziekenhuis. De verwijzing van patiënten van eiseres vindt immers plaats door andere medisch specialisten die werkzaam zijn binnen het ziekenhuis. Eiseres 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.
- 3.5 Bij de toepassing en uitleg van het non-concurrentiebeding dient men er rekening mee te houden dat bij de oprichting van eiseres (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 eiseres 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.
- 3.6 Tot slot zijn de gevorderde dwangsommen buitensporig hoog, en zouden de aan C. en E. respectievelijk verweersters 1 en 3 op te leggen dwangsommen überhaupt niet mogen cumuleren omdat dit neerkomt op een verdubbeling van dwangsommen. Vanwege de ingrijpende gevolgen die het opleggen van een dwangsom heeft, dient de verschuldigdheid van enige dwangsom te worden opgeschort totdat het Scheidsgerecht zich hierover in een bodemprocedure heeft kunnen uitlaten.

3.7 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 eiseres de bevoegdheid van het Scheidsgerecht niet kan baseren op de ledenovereenkomst, omdat die niet door de daarbij betrokken partijen is ondertekend.

4.2 Het Scheidsgerecht verwerpt 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 eiseres in het geding gebrachte tekst van de ledenovereenkomst. Zoals in het hierboven (bij 2.12) geciteerde arbitraal vonnis in kort geding is vastgelegd, hebben verweersters 1 en 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 verweersters 1 en 3 - tijdens de in het kader van 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 eiseres 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

5.1 Het Scheidsgerecht zal eerst ingaan op een aantal formele verweren. Het verweer dat het non-concurrentiebeding niet geldig is of verweerders niet bindt omdat het niet schriftelijk is aangegaan, wordt verworpen. In de eerste plaats brengt geen rechtsregel met zich dat een non-concurrentiebeding in een overeenkomst als de onderhavige (die niet een arbeidsovereenkomst is) schriftelijk moet worden aangegaan. In de tweede plaats geldt dat het wel schriftelijk is aangegaan. Het staat immers in de op schrift gestelde ledenovereenkomst. Op grond van hetgeen hiervoor onder 4.2 is overwogen, moet worden aangenomen dat de inhoud van die overeenkomst tussen eiseres en verweerders is overeengekomen en tussen hen geldt. Ook als verweerders die overeen-

komst niet van een handtekening hebben voorzien, doet dat niet af aan de gelding. Ook het verweer dat eiseres geen (rechtsgeldig) benoemde bestuurders zou hebben en daarom niet ontvankelijk zou zijn, wordt verworpen. Het Scheidsgerecht heeft geen enkele reden om te betwijfelen dat eiseres heeft besloten de onderhavige vordering in te stellen en evenmin dat de door haar genoemde personen haar bestuurders zijn. Dat thans niet geheel duidelijk is hoe de besluitvorming hieromtrent binnen eiseres heeft plaatsgevonden, staat aan de ontvankelijkheid niet in de weg. Op het beweerde ontbreken van belang bij de onderhavige vordering komt het Scheidsgerecht hierna nog terug.

- 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 O. 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-concurrentie beding 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 K. zouden hebben laten opereren met anesthesiologische zorg door eiseres dan is dat ook concurren-

tie. Met de verzakelijking van de zorgverlening is het alleszins begrijpelijk dat medisch-specialistische bedrijven met behulp van non-concurrentiebedingen als de onderhavige hun bedrijfsdebet 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 voorbehield 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. Omdat verweerders in dit kort geding wederom in volle omvang het debat hebben gevoerd over de vraag of er sprake is van concurrentie en overtreding van het non-concurrentiebeding en zij daarin ongelijk hebben gekregen, zijn beide partijen gezien de uitkomst in dit vonnis als over en weer deels in het ongelijk gesteld te beschouwen. De kosten van het Scheidsgerecht zullen daarom ten laste van beide partijen ieder voor de helft worden gebracht. Die kosten worden bepaald op € 4.866,70 en zullen op het gedeponeerde voorschot worden verhaald. Verweerders zullen de helft daarvan aan eiseres moeten betalen. Voor het overige zullen beide partijen ieder hun eigen kosten moeten dragen.

6. De beslissing

De fungerend voorzitter van het Scheidsgerecht wijst naar de regelen des rechts het volgende arbitrale vonnis in kort geding

- 6.1 De vorderingen van eiseres worden afgewezen.
- 6.2 De kosten van het Scheidsgerecht worden bepaald op € 4.866,70 en zullen op het gedeponeerde voorschot worden verhaald. Verweerders worden veroordeeld de helft daarvan ad € 2.433,35 aan eiseres te betalen.
- 6.3 Voor het overige zullen beide partijen ieder hun eigen kosten moeten dragen.

Aldus vastgesteld te Utrecht en op 7 maart 2019 aan de partijen verzonden.