

Advies in de zaak 6442, WMO Friesland

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr R.E. Bakker (voorzitter), prof. dr J.A.H. Maks en mr M. Sikkens. De subcommissie werd bijgestaan door dr I.E. Wendt (secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 21 oktober 2010 in zaaknummer 6442 stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Stichting Zorgverlening De Friese Wouden en Stichting Kwadrantgroep (hierna tezamen: Friese Wouden) en Stichting thuiszorg Zuidwest Friesland (hierna: TZWF) inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw).¹
2. Daarbij heeft de Raad een boete opgelegd van respectievelijk € 2.020.000 (Friese Wouden) en € 314.000 (TZWF).
3. Tegen het besluit heeft Friese Wouden op 24 november 2010 een pro-forma bezwaarschrift ingediend.² Dit bezwaarschrift is nader aangevuld bij brief van 30 maart 2011.³
4. Bij brief van 6 september 2011 werd aan bezwaard en aan de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 13 oktober 2011 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).⁴ Op 13 oktober 2011 vond deze hoorzitting plaats, waarbij bezwaard en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie.
5. Het verslag van de hoorzitting werd op 19 december 2011 aan partijen rondgestuurd.

2. Besluit

6. Het besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

3. Bezwaren en beoordeling

Procedurele aspecten

7. Friese Wouden is van mening dat de Raad de rechten van de verdediging heeft geschonden doordat de totstandkoming van het bestreden besluit inbreuk maakt op artikel 6 EVRM. Bezwaarde stelt dat voor de toevoeging van documenten uit een eerder dossier een wettelijke grondslag ontbreekt. Verder stelt bezwaarde dat haar onvoldoende toegang tot het dossier werd gegeven en zij te weinig tijd heeft gehad om haar verdediging voor te bereiden.

Beoordeling

8. In randnummers 27 en 28 van zijn besluit heeft de Raad uiteengezet dat de onderhavige zaak voortvloeit uit een eerder onderzoek in de zaak 6274 naar een

¹ Prisma nummers 6442/516.

² Prisma nummer 6442/528.

³ Prisma nummer 6442/542.

⁴ Prisma nummers 6442/547 en 6442/548.

vermoedelijke overtreding van artikel 6 Mw in de thuiszorg.⁵ De Adviescommissie stelt allereerst vast dat zaak 6274 tot doel had onderzoek te doen naar marktverdelingen en het onderling afstemmen van gedragingen omtrent prijsvorming door thuiszorginstellingen, waaronder TZWF. Het in opdracht van de Raad verrichte onderzoek in de nu te beoordelen zaak ziet op hetzelfde doel, zij het dat de Directie Mededinging (DM) in de onderhavige zaak verder onderzoek heeft verricht, op basis waarvan het grootste deel van het bewijs werd vergaard. Aan de overeenkomstige doelstelling in beide zaken doet dit laatste feit echter niet af. Niet is bestreden dat op grond van bepaalde documenten die werden aangetroffen tijdens het bedrijfsonderzoek in zaak 6274 bij de DM het vermoeden rees dat er in 2006 afstemming had plaatsgevonden tussen TZWF en Friese Wouden met betrekking tot de aanbesteding voor huishoudelijke hulp in Friesland. Deze documenten vormen het beginpunt voor het onderzoek in de onderhavige zaak en maken daarom noodzakelijkerwijze deel uit van het onderzoeksdossier.

9. De Adviescommissie is van oordeel dat bezwaarde geen feiten of omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou moeten worden geconcludeerd dat de aan het onderhavige dossier vanuit het onderzoek in de zaak 6274 toegevoegde documenten op een wijze in het bezit van de Raad zouden zijn gekomen, die, gelet op de omschrijving van de doelstelling van het onderzoek, in strijd zou zijn met het evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel. Aldus is niet gebleken dat deze documenten op een onrechtmatige manier door de NMa zouden zijn verkregen. Voor zover bezwaarde heeft aangevoerd dat de Raad, door aan bezwaarde geen volledig overzicht te verschaffen van alle tot het dossier 6274 behorende stukken, aan bezwaarde haar mogelijk ontlastende verklaringen heeft onthouden, is de Adviescommissie met de Raad van oordeel dat dit bezwaar, bij gebreke van ook maar enige duiding van waar die ontlastende informatie uit zou kunnen bestaan, te algemeen is omschreven en om die reden niet voor toewijzing in aanmerking komt. De Adviescommissie ziet dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat de Raad door de toevoeging van de documenten uit zaak 6274 aan de onderhavige zaak, de rechten van de verdediging zou hebben geschonden.
10. Voorts is de Adviescommissie van oordeel dat bezwaarde onvoldoende heeft onderbouwd welk nadeel zij heeft geleden door feit dat zij pas sinds 4 januari 2011 over het volledige dossier beschikte, mede gelet op het feit dat bezwaarde vervolgens door de Raad tot 30 maart 2011 in de gelegenheid werd gesteld voor het formuleren van haar gronden van bezwaar.
11. Samenvattend acht de Adviescommissie de processuele belangen van Friese Wouden dan ook niet geschaad.

Overtreding artikel 6 Mw

12. Bezwaarde is van mening dat de Raad niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij artikel 6 Mw heeft overtreden en dat de Raad aan alternatieve verklaringen voor het handelen van de betrokken ondernemingen geen aandacht heeft geschonken. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.
13. Volgens bezwaarde heeft de Raad niet bewezen dat zij haar inschrijf- en prijsbeleid bij de aanbestedingen in de regio Zuidoost Friesland met TZWF heeft gecoördineerd. Met name stelt bezwaarde dat de verklaringen van mevrouw [REDACTED] wegens strijd met het bepaalde in artikel 53 leden 1 en 2 van de Mededingingswet, artikel 6 van het

⁵ Zaak 6274 Thuiszorg Midden-IJssel.

Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en artikel 14 lid 3 sub g van het Internationale Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (IVBPR) buiten beschouwing moeten worden gelaten, omdat volgens Friese Wouden op haar tijdens de verhoren ontoelaatbare druk werd uitgeoefend, haar de cautie werd onthouden, en de locatie van het politiebureau in Heerenveen voor haar tweede verhoor als intimiderend werd ervaren.

14. Voorts stelt bezwaarde dat er geen wilsovereenstemming bestond om de aanbestedingen in de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland te verdelen, en dat de vermeende overeenkomst geen mededingingsbeperkende strekking had. Het doel van de Werkgroep Aanbesteden was om de procesmatige vragen omtrent de aanbestedingen gemeenschappelijk te identificeren en vervolgens aan de desbetreffende gemeenten te stellen. De Werkgroep Aanbesteden had volgens Friese Wouden niet tot taak offertes te schrijven of over de te offeren prijzen en kostprijs te spreken, en/of te bepalen waar niet zou worden ingeschreven. Bovendien lag er aan de in 2006 voorgenomen oprichting van een gezamenlijke HVZ-bedrijf met TZWF geen strategische redenen ten grondslag.
15. Bezwaarde stelt verder dat de samenwerking in het kader van de Werkgroep Aanbesteding geen merkbare invloed heeft gehad op de concurrentieverhoudingen in de regio Zuidoost Friesland, omdat Friese Wouden haar inschrijfprijzen in de aanbestedingen in de gemeenten in de regio Zuidoost Friesland zelfstandig heeft bepaald, d.w.z. voor dat zij kennis kreeg van het voorgenomen inschrijfgedrag van TZWF, en er daarom geen sprake kan zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.
16. Verder stelt Friese Wouden dat de Raad onvoldoende is ingegaan op de context waarin de vermeende overtreding heeft plaatsgevonden. Zo is Friese Wouden van mening dat de Raad niet heeft bewezen dat de concurrentiedruk van TZWF in de regio Zuidoost Friesland werd uitgeschakeld. Daarentegen is Friese Wouden van mening dat de concurrentiedruk van TZWF niet veel groter was dan van andere niet-zittende grote aanbieders en dat zij feitelijk de sterkste concurrentiedruk ondervond van reeds in de betreffende gemeenten gevestigde (kleine) spelers.

Beoordeling

17. Aangaande de overtreding van artikel 6 Mw oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 101 tot en met 174 en randnummers 187 tot en met 208 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Friese Wouden en TZWF regelmatig onderling contact hebben onderhouden over het te voeren inschrijven en prijsbeleid bij de aanbestedingen voor huishoudelijke hulp in de regio Zuidoost Friesland. Voor de juridische beoordeling van de informatie-uitwisseling in het kader van artikel 6 Mw is doorslaggevend dat informatie-uitwisseling over prijzen naar haar aard een prijsafsprake is die de strekking heeft de mededinging te beperken. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Friese Wouden op basis van de uitgewisselde informatie over het inschrijven en prijsbeleid van TZWF haar marktgedrag in de aanbestedingen in de regio Zuidwest Friesland niet zelfstandig heeft bepaald. Volgens vaste rechtspraak speelt bij de beoordeling van een strekkingsbeding geen rol of partijen daadwerkelijk de subjectieve wil hebben gehad de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, omdat de inhoud van de afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken.

18. Aangaande het gebruiken van de verklaringen van mevrouw [REDACTED] stelt de Adviescommissie allereerst vast dat mevrouw [REDACTED] de verhoren door de NMA als "onprettig" heeft ervaren⁶, wat, naar het oordeel van de Adviescommissie, nog niet betekent dat op haar ontoelaatbare druk zou zijn uitgeoefend. Niet bestreden is dat de DM mevrouw [REDACTED] in aanwezigheid van haar advocaat heeft gewezen op haar medewerkingsplicht op grond van artikel 5:20 Awb. Nu mevrouw [REDACTED] die zich in de periode van de onderzochte overtreding liet inhuren als interim-manager, op geen moment van het onderzoek als kartelfacilitator aan de overtreding van artikel 6 Mw door Friese Wouden in de zin van het arrest AC Treuhand⁷ is ondervraagd, is de Adviescommissie niet overtuigd van de noodzaak dat haar een cautie had moeten worden verleend. Op basis van de rechtspraak kan een onderneming of een rechtspersoon niet zelf spreken of zwijgen, maar kan dat alleen door middel van natuurlijke personen. Het zwijgrecht van de onderneming komt toe aan diegene die bij het voldoen aan de vordering tot inlichtingen aan de NMA een verklaring namens de onderneming zal afleggen.⁸ Op het moment van haar verhoren stond mevrouw [REDACTED] niet in een arbeidsrechtelijke of andere juridische relatie met Friese Wouden. Bovendien heeft de Raad mevrouw [REDACTED] voor de periode van de onderzochte overtreding niet als eventueel feitelijk leidinggevende ondervraagd, omdat haar relatie met Friese Wouden eindigde voordat de Raad de bevoegdheid kreeg om feitelijk leidinggevende te vervolgen. De Adviescommissie acht daarom geen belangen van Friese Wouden door een mogelijk onthouden cautie aan mevrouw [REDACTED] geschonden. Nog daargelaten dat bezwaarde niet heeft onderbouwd in welke mate het politiebureau in Heerenveen als locatie voor een van de verhoren van mevrouw [REDACTED] ongeschikt zou zijn geweest, stelt de Adviescommissie vast dat niet is bestreden dat mevrouw [REDACTED] verhoord is in een vergaderruimte en niet in een verhoorruimte. Naar het oordeel van de Adviescommissie is niet aannemelijk geworden dat op mevrouw [REDACTED] ongeoorloofde druk zou zijn uitgeoefend. Er is dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat de belangen van Friese Wouden zouden zijn geschonden door de wijze waarop mevrouw [REDACTED] is verhoord en dus evenmin aanleiding de door mevrouw [REDACTED] afgelegde verklaringen buiten beschouwing te laten.

19. Aangaande de merkbaarheid van de mededingingsbeperking stelt de Adviescommissie allereerst vast dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ontkomt wanneer zij, wegens de zwakke positie van partijen op de relevante markt, de mededinging op de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.⁹

20. In gevallen van afstemming van inschrijfprijzen bestaat de relevante markt van een aanbesteding op dat moment alleen uit die aanbesteding met aan de aanbodzijde louter de ondernemingen die mededingen naar de opdracht in kwestie.¹⁰ De Raad mocht daarom bij zijn beoordeling van de beïnvloeding van de mededinging uitgaan van de partijen die bij de onderzochte aanbestedingen hebben deelgenomen. Het feit echter dat een zittende aanbieder als Friese Wouden in zijn traditionele werkgebied een groot marktaandeel had, zegt op zichzelf genomen niets over de positie in termen van marktmacht van Friese Wouden als aanbieder in de afzonderlijke aanbestedingen op de vijf perceelmarkten. Elke aanbesteding vormt een zelfstandige markt en er is slechts sprake van een merkbare mededingingsbeperking als een

⁶ Zie randnummer 27 van het bezwaarschrift c.q. de brief van 12 september 2008.

⁷ Gerecht van de Europese Unie, 8 juli 2008, zaak T-99/04.

⁸ Rechtbank Rotterdam 9 juni 2011, AWB 10/2214 (LJN: BQ7633), r.o. 2.4.2.

⁹ Zie CBb, 31 december 2007, *Mobiele Operators*, AWB 06/657, LJN: BC1396, r.o. 9.5.4. en CBb, 7 december 2005, *Secor en G-Star/Basilicum en Chilly*, AWB 04/249, LJN: AU8309, r.o. 6.5.

¹⁰ Rechtbank Rotterdam 1 juli 2010, *Boomkwekers*, LJN BM9911.

groot (althans niet te verwaarlozen) deel van de inschrijvers op een aanbesteding samenspannt, waarbij de hoogte van het 'traditionele marktaandeel' de Adviescommissie als niet of minder relevant voorkomt.

21. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de motivering van de merkbaarheid in het bestreden besluit onvoldoende dragend, gegeven de economische en juridische context van het geval. Op basis van de algemene bewijslastregels dient de Raad aan te tonen waarom er geen sprake is van een uitzondering op de overtreding van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient de Raad daarom de zwakke dan wel sterke positie (in termen van marktmacht en niet in marktaandeel) van Friese Wouden (en TZWF) bij de aanbestedingen op de vijf onderscheiden perceelmarkten expliciet te onderbouwen. Hierbij dient naar het oordeel van de Adviescommissie nader aandacht worden geschonken aan de factoren die de marktmacht van Friese Wouden mogelijk beïnvloeden, te weten onder meer: de concurrentieverhoudingen op de vijf perceelmarkten met een redelijk groot aantal grote en kleine concurrenten, de gestelde maximumprijzen en het feit dat er steeds meerdere "winnaars" (drie tot vijf) mogelijk waren. Op voorhand valt niet uit te sluiten dat op grond van een dergelijke contextanalyse de overtreding van Friese Wouden onder de uitzondering valt die genoemd is in randnummer 19 hierboven.

Hoogte boete

22. Bezwaarde is van mening dat de opgelegde boete geen grondslag vindt in het bestreden besluit, gezien bovenstaande argumenten.
23. Subsidiair stelt Friese Wouden dat de door de Raad onderzochte gedragingen geen merkbare schade aan de mededinging hebben veroorzaakt en derhalve haar geen boete kan worden opgelegd. Voorts meent bezwaarde dat er boeteverlagende omstandigheden aanwezig zijn, onder meer op grond van het transitoire karakter van de thuiszorgmarkt, tegenstrijdige signalen vanuit de politiek en de rol van de gemeenten in Zuidoost Friesland, en derhalve geen of louter een symbolische boete mag worden opgelegd. Friese Wouden stelt dat in ieder geval uit een vergelijking met de zaak 6108 Thuiszorg Kennemerland volgt dat een duidelijk hogere korting dan 15 % op de boete moet worden toegepast.

Beoordeling

24. Gezien het advies over het nadere contextonderzoek naar de marktmacht van Friese Wouden acht de Adviescommissie zich niet in staat op het punt van een al dan niet merkbare schade thans te adviseren.
25. De Adviescommissie ziet echter wel een grond voor een verdere boetematiging, d.w.z. een matiging die groter is dan de huidige 15%.¹¹ De Adviescommissie wijst hierbij op het feit dat, hoewel er vanuit de NZa geen regulering plaatsvond over de hoogte van de prijzen¹², bij de aanbestedingen op elk van de vijf perceelmarkten maximumprijzen waren gezet door de aanbestedende gemeenten. Hiernaast waren er steeds meerdere "winnaars" (drie tot vijf) mogelijk. Deze situatie plaatst bezwaarde naar het oordeel van de Adviescommissie – tot op zekere hoogte – in een dermate andere positie ten opzichte van artikel 6 Mw, dat eventuele overtreding in mindere mate verwijtbaar moet worden geacht.¹³

¹¹ Zie randnummers 293 tot en met 296 van het bestreden besluit.

¹² Zie randnummer 125 van de schriftelijke zienswijze van de Raad.

¹³ Zie advies van de Adviescommissie in zaak 6108 Kennemerland, rn. 31.

Slotoverweging

26. Voor zover in het bezwaarschrift nog andere dan de hiervoor besproken bezwaren zouden kunnen worden gelezen, ontberen deze voldoende zelfstandige betekenis om in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen, zelfstandig te worden besproken, dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

4. Slotsom en Advies

27. De Adviescommissie adviseert de Raad om in het besluit op bezwaar duidelijker en meer uitgebreid aan te tonen waaruit de merkbaarheid van de mededingingsbeperking af te leiden valt, in voege als voormeld en met name rekening houdende met de economische en juridische context waarin de aanbestedingen voor huishoudelijke hulp in Friesland werden gehouden.
28. De Adviescommissie adviseert de Raad om in het besluit op bezwaar duidelijker en meer uitgebreid te motiveren op grond van welke overwegingen de Raad in de onderhavige zaak niet van een hogere boetematiging dan 15% uitgaat, in voege als voormeld.
29. De overige bezwaren dienen te worden verworpen.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 6442

Rotterdam, 31 januari 2012

i.o. R.E. Bakker

mr R.E. Bakker
Voorzitter

I.E. Wendt

dr I.E. Wendt
Secretaris