

Advies d.d. 23 maart 2012 in zaak 6109 / Caraat

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr J.P. Fokker (voorzitter), prof. dr J.A.H. Maks, mr S.M. Evers en mr E. Boerwinkel (tevens secretaris).

Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 21 april 2011 in zaak nummer 6109 (hierna: het Besluit)¹ heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de economische entiteit bestaande uit de Stichting De Zorg Compagnie, die op 30 juni 2007 haar naam heeft gewijzigd in Stichting Vierstroomzorging en sinds 4 januari 2010 Stichting Vierstroom heet (hierna: Vierstroom) en de economische entiteit bestaande uit de Stichting MTZ-Zorggroep, die op 21 december 2006 haar naam heeft gewijzigd in Stichting Careyn en sinds 25 juni 2010 Stichting Careyn Zuwe Aveant heet (hierna: Careyn) van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2007 artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (Mw) hebben overtreden.
2. De Raad heeft de overtreding toegerekend aan Vierstroom en Careyn (hierna gezamenlijk ook aan te duiden als "bezwaarden") en aan hen boetes opgelegd van respectievelijk € 3.000.000,-- en € 1.343.000,--.
3. Tegen het Besluit zijn door Vierstroom en Careyn op 31 mei 2011 pro-forma bezwaarschriften ingediend, die zij op 6 september 2011 met gronden van bezwaar hebben aangevuld.²
4. Bij brief van 14 december 2011 is aan bezwaarden en aan de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) meegedeeld dat op 20 januari 2012 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie). Op 20 januari 2012 heeft deze hoorzitting plaatsgevonden, waarbij bezwaarden en vertegenwoordigers van de Raad zijn gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie. Aan het begin van de hoorzitting heeft de voorzitter meegedeeld dat niemand verplicht is te antwoorden op de door de subcommissie te stellen vragen; dit is per abuis niet in het verslag van de hoorzitting vermeld.
5. Het verslag van de hoorzitting werd bij brief van 14 maart 2012³ aan partijen toegezonden. De vertegenwoordigers van de Raad, Vierstroom en Careyn hebben bij brieven van respectievelijk 19 maart 2012, 20 maart 2012 en 20 maart 2012⁴ opmerkingen gemaakt naar aanleiding van het verslag. De genoemde brieven zijn aan het verslag van de hoorzitting gehecht.

Besluit

6. Een kopie van het Besluit is aan dit advies gehecht.

¹ Prismanrs. 6109/805 t/m 6109/808.

² Prismanrs. 6109/820, 829, 822 en 831.

³ Prismanr. 6109/853.

⁴ Prismanrs. 6109/855, 6109/856 en 6109/857.

Bezwaren en beoordeling

7. De Adviescommissie heeft haar advisering in deze zaak als volgt ingedeeld. In onderdeel A worden de formele / procedurele bezwaren behandeld, in onderdeel B de bezwaren ten aanzien van het bewijs van de overtreding en in onderdeel C de bezwaren met betrekking tot (de hoogte van) de opgelegde boete.
8. De bezwaren van Vierstroom en Careyn luiden grotendeels gelijk en worden derhalve gezamenlijk behandeld, behalve wanneer anders vermeld. De conclusies van de Adviescommissie hebben daarbij voor beide bezwaarden te gelden voor zover zij het betreffende bezwaar hebben aangevoerd, ook al worden zij niet steeds individueel genoemd. Voor zover op (onderdelen van) de aangevoerde bezwaren in dit advies niet expliciet en specifiek is ingegaan is de Adviescommissie van oordeel dat die (onderdelen van) bezwaren in het licht van de bezwaren die wel zijn besproken geen zelfstandige betekenis meer toekomt, omdat ofwel sprake is van overlap met andere bezwaren ofwel de bezwaren in kwestie door bezwaarden onvoldoende zijn geadstrueerd om een zelfstandige bespreking en advisering te rechtvaardigen.

ONDERDEEL A – PROCEDURELE ASPECTEN

9. Bezwaarden zijn van mening dat de rechten van de verdediging door de Raad zijn geschonden en dat het Besluit op een aantal wezenlijke punten inbreuk maakt op de Mededingingswet (hierna: Mw.) en artikel 6 EVRM. Deze bezwaren vallen in een aantal onderdelen uiteen.
10. Ten eerste zijn bezwaarden van mening dat de Raad door het doen van een aanvullend onderzoek in 2009 en het uitbrengen van een aanvullend rapport op 30 september 2009, nadat de Directie Mededinging (hierna: DM) op 30 juni 2008 al eerder een rapport in deze zaak had uitgebracht, heeft gehandeld in strijd met het beginsel van "ne bis in idem" en in strijd met de Mededingingswet. Door deze werkwijze zou de Raad bovendien van haar vooringenomenheid jegens bezwaarden hebben doen blijken.

Beoordeling

11. Met de Raad is de Adviescommissie van oordeel dat het doen van nader onderzoek door de DM, nadat eerder in 2008 een rapport is uitgebracht dat niet heeft geleid tot het opleggen van een sanctie, niet in strijd is met de Mededingingswet, noch met de rechten van de verdediging. Indien in het kader van de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60 e.v. Mededingingswet wordt geconstateerd dat de feiten en omstandigheden vermeld in het rapport onvoldoende zouden zijn om met een objectieve en onbevooroordeelde beoordeling tot de conclusie te komen dat een overtreding is begaan, sluit de Mededingingswet niet uit dat – met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur – nieuw onderzoek wordt verricht en dat een aanvullend rapport wordt opgesteld.⁵ Nu in deze zaak, ten aanzien van het tweede rapport van 30 september 2009 dat ten grondslag ligt aan het Besluit, gesteld noch gebleken is dat de totstandkoming daarvan in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is geweest, is de Adviescommissie van oordeel dat de rechten van de verdediging op dit onderdeel niet zijn geschaad.

⁵ CBb 30 augustus 2011 (LJN BR 6737)

12. Tot datzelfde oordeel komt de Adviescommissie ten aanzien van het bezwaar dat door de Raad is gehandeld in strijd met het "ne bis in idem"-beginsel. Dit beginsel verbiedt dat een onderneming opnieuw wordt veroordeeld of vervolgd wegens een met de mededinging strijdige gedraging, waarvoor zij is bestraft bij een eerdere beslissing, waartegen geen beroep meer openstaat. Wil dit beginsel toepassing vinden moet er dus een uitspraak zijn gedaan over de vraag of de inbreuk inderdaad is gepleegd, dan wel de wettigheid van de beoordeling van die inbreuk zijn getoetst.⁶ Daarvan is in dit geval geen sprake nu het eerste rapport van 30 juni 2008 niet heeft geleid tot sanctieoplegging door de Raad. Van schending van het beginsel van "ne bis in idem" is daarom naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake.

Vervolg procedurele aspecten

13. Voorts is Careyn van mening dat de Raad in het kader van de zgn. "VVT-onderhandelingen" van zijn vooringenomenheid heeft doen blijken. Zij wijst daarbij op uitlatingen van de Raad in een persbericht over de gesprekken die in 2010 plaatsvonden tussen de NMa en vertegenwoordigers van de gezinszorgsector, de brancheverenigingen Actiz en BTN om te komen tot een alomvattende regeling voor ondernemingen die actief zijn in de thuiszorg.

Beoordeling

14. De Adviescommissie is van oordeel dat dit bezwaar niet kan slagen. De door de Raad in het kader van de VVT-onderhandelingen gedane uitlatingen zijn algemeen van aard en op geen enkele wijze te relateren aan de in deze zaak tussen partijen bestaande geschilpunten. Van specifieke, op dit geschil betrekking hebbende uitlatingen van de Raad is niet gebleken. De door de Raad gedane uitlatingen dienen bovendien te worden begrepen in de context waarin deze zijn gedaan, namelijk in het kader van (schikkings)onderhandelingen tussen de NMa en de thuiszorgbranche. Gesteld noch gebleken is dat deze uitlatingen hun weerslag hebben gehad op de inhoud of de totstandkoming van het Besluit.

ONDERDEEL B – BEWIJS VAN OVERTREDING VAN ARTIKEL 6 MW

15. Bezwaarden zijn van mening dat zij artikel 6 Mw. niet hebben overtreden. Dit bezwaar valt uiteen in een aantal onderdelen, die hierna afzonderlijk zullen worden beoordeeld.
16. Bij die beoordeling past de volgende, algemene, observatie van de Adviescommissie.

Door de bezwaarden zijn uitvoerig gemotiveerde bezwaren tegen het Besluit aangevoerd. Op die bezwaren is door de Raad niet of nauwelijks gerespondeerd. Weliswaar heeft de Raad voorafgaand aan de hoorzitting op 20 januari 2012 een Schriftelijke Toelichting bij de Adviescommissie ingediend en waren een tweetal vertegenwoordigers van de Raad aanwezig bij die hoorzitting van 20 januari 2012, maar dat heeft niet geleid tot de weerlegging van de bezwaren van de bezwaarden. De Raad heeft zowel schriftelijk (in de Schriftelijke Toelichting) als tijdens de hoorzitting steeds zijn in het Besluit neergelegde standpunten herhaald en samengevat. Daarbij is niet of nauwelijks ingegaan op de bezwaren die door bezwaarden naar voren zijn gebracht. Ook na vragen van de Adviescommissie

⁶ HvJ EU 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238, 244, 247, 250, 252, 254/99p

tijdens de hoorzitting heeft de Raad volstaan met een weergave van haar in het Besluit neergelegde standpunt. De Adviescommissie betreurt deze houding van de Raad mede in het licht van het beginsel van hoor en wederhoor. Door deze handelwijze wordt bezwaarden immers in deze fase van de procedure een inhoudelijke beoordeling van de Raad over hun bezwaren tegen het Besluit onthouden. Dit verhoogt de kans dat de werkelijke discussie over de geschilpunten die partijen verdeeld houdt pas in beroep bij de rechtbank kan plaatsvinden, waardoor de inhoud en de functie van de bezwaarfase dreigt te worden uitgehouden.

Kwalificatie overeenkomst als algemeen non-concurrentiebeding / uitleg herenakkoord

17. Volgens bezwaarden heeft de Raad de inbreuk op artikel 6 Mw niet bewezen. Naar de mening van bezwaarden kwalificeert de Raad het in het zogenaamde "Herenakkoord" opgenomen "Garantieartikel"⁷ ten onrechte als een non-concurrentiebeding met een algemene strekking (voor alle AWBZ-thuiszorgactiviteiten voor het gehele werkgebied van partijen) in plaats van de door partijen bedoelde verdeling van de activiteiten van de Stichting Gouwe Zorg in het werkgebied van de stichting Gouwe Zorg.
18. De discussie tussen de Raad en bezwaarden spitst zich met name toe op de 2^e alinea van de onder 5 van het Herenakkoord opgenomen garantieartikel. Volgens de Raad omvat die 2^e alinea het algemene non-concurrentiebeding; volgens bezwaarden geeft die 2^e alinea slechts uitleg aan de 1^e alinea van diezelfde bepaling en breidt het de werking daarvan geenszins uit. Ter ondersteuning van de door hen voorgestane uitleg wijzen bezwaarden onder andere op de verklaring die door de heer ██████ van ██████, de opsteller van het Herenakkoord en het daarin opgenomen garantieartikel, ten overstaan van de NMa is afgelegd en die hun uitleg ondersteunt. Tevens wijzen bezwaarden op de e-mail van de heer ██████, bestuursvoorzitter van de MTZ-Zorggroep, van 28 december 2005 aan ██████, waarin ██████ volgens bezwaarden de door hen voorgestane enge uitleg van het garantieartikel verwoordt.

Beoordeling

19. De Adviescommissie constateert dat bezwaarden enerzijds en de Raad anderzijds van mening verschillen over de uitleg van het garantieartikel op p. 12 van het Herenakkoord. De basis van dit meningsverschil ligt naar het oordeel van de Adviescommissie in de onduidelijke bewoordingen van het artikel zelf. In de letterlijke tekst van het artikel kunnen zowel voor de visie van de Raad op de reikwijdte van het artikel als de uitleg die bezwaarden aan dit in hun opdracht opgestelde artikel geven argumenten worden gevonden. Tegen die achtergrond komt naar het oordeel van de Adviescommissie speciale betekenis toe aan enerzijds de bedoelingen van de bij de overeenkomst betrokken partijen en anderzijds aan de verklaringen van de opsteller van de overeenkomst.
20. De Adviescommissie merkt op dat uit de e-mail van ██████ van 28 december 2005 aan ██████, derhalve 1 week voordat de Package-deal met daarin opgenomen het Herenakkoord en het garantieartikel door partijen zijn ondertekend, blijkt dat het de uitdrukkelijke bedoeling was van Careyn de werking van het garantieartikel te beperken tot de verdeling van de activiteiten van de Stichting Gouwe Zorg in het werkgebied van die Stichting. Dat betekent naar het oordeel van de Adviescommissie dat de door de Raad voorgestane ruime uitleg van het garantieartikel als een algeheel non-concurrentiebeding voor alle AWBZ-

⁷ Dossierstuk 6109/4, stempelnummer 61 090000040199, p.12

thuiszorgactiviteiten in de beide werkgebieden van Careyn en Vierstroom in ieder geval door Careyn op 28 december 2005 niet werd beoogd. De Raad heeft tegenover deze wilsuïting van Careyn ook geen ander bewijs aangedragen waaruit wilsovereenstemming tussen de partijen over de door de Raad voorgestane ruime uitleg van het garantieartikel blijkt. Dit betekent naar het oordeel van de Adviescommissie dat de Raad bij de geconstateerde onduidelijkheid in de tekst van het garantieartikel onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat de bij het garantieartikel betrokken partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over een non-concurrentiebeding voor alle AWBZ-thuiszorgactiviteiten in de beide werkgebieden van Careyn en Vierstroom. Daarbij neemt de Adviescommissie in overweging dat uit vaste jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat twijfel over de betekenis van een afspraak of een gedraging in het mededingingsrecht in het voordeel van de adessaat van de beslissing waarbij de inbreuk is vastgesteld dient worden uitgelegd.⁸

21. Daarbij komt dat de Raad noch in het Besluit, noch in haar schriftelijke of mondelinge toelichting tijdens de hoorzitting van 20 januari 2012, aandacht heeft besteed aan de verklaring van █████, de opsteller van de Package-deal, het Herenakkoord en het daarin opgenomen garantieartikel. Het had op de weg van de Raad gelegen om deze verklaring, die de stelling van bezwaarden over de enge uitleg van het garantieartikel volledig ondersteunt, te duiden in het Besluit of de toelichting daarop.
22. Samenvattend komt de Adviescommissie tot het oordeel dat de Raad niet is geslaagd in het bewijs dat partijen bij de Package-deal (inclusief Herenakkoord en garantieartikel) een non-concurrentiebeding met een algemene strekking ten aanzien van alle AWBZ-thuiszorgactiviteiten in de beide werkgebieden van Careyn en Vierstroom zijn overeengekomen. De Adviescommissie adviseert de Raad de bezwaren op dit punt gegrond te verklaren.

Nevenrestrictie

23. Bezwaarden zijn voorts van mening dat het garantieartikel in ieder geval niet verder gaat dan toegelaten op grond van de Mededeling Nevenrestricties van de Europese Commissie van 5 maart 2005.⁹ Zij voeren hierbij aan dat de ontvlechting van Caraat een concentratie is in het kader waarvan op grond van de Mededeling Nevenrestricties een non-concurrentiebeding als overeengekomen door partijen bij die ontvlechting is toegestaan. De Raad brengt daar in zijn schriftelijke toelichting tegenin dat Gouwe Zorg geen eigen werkgebied had omdat ze vrijwel alleen maar voor haar moeders werkte en geen eigen naamsbekendheid in de regio Midden-Holland had. Tegen die achtergrond is de Raad van mening dat er geen sprake kan zijn van een (toegelaten) nevenrestrictie.

Beoordeling

24. Bij de beoordeling stelt de Adviescommissie het volgende voorop.
25. De oprichting van een gemeenschappelijke onderneming is alleen dan een concentratie in de zin van artikel 3 lid 4 van de Concentratieverordening (Vo. 139/2004) en artikel 34 Mw. als die gemeenschappelijke onderneming duurzaam

⁸ GvEA, 24 maart 2011, zaak T-385/06, rov. 44 en 13 juli 2011, zaak T-53/07, rov. 63

⁹ PB EUC 56

alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. Er is in dat geval sprake van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming.¹⁰

Een gemeenschappelijke onderneming is niet volwaardig indien zij binnen de bedrijfswerkzaamheden van de moedervenootschappen slechts één bepaalde functie overneemt zonder eigen toegang of aanwezigheid op de markt. Dergelijke gemeenschappelijke ondernemingen vervullen een hulpfunctie ten behoeve van de bedrijfswerkzaamheden van de moedervenootschappen.¹¹

26. Naar het oordeel van de Adviescommissie blijkt zowel uit het Besluit als uit de stellingen van bezwaarden dat de belangrijkste activiteit van de Caraat-groep de zogenaamde "flexpool" van de Stichting Gouwe Zorg was waaruit flexmedewerkers aan de 5 moederondernemingen die in Caraat-groep samenwerkten ter beschikking werd gesteld.
27. Daarmee is naar het oordeel van de Adviescommissie echter niet op voorhand gegeven dat Caraat geen volwaardige gemeenschappelijke onderneming was en de ontvlechting van Caraat daarmee derhalve geen concentratie in de zin van Verordening 139/2004 en artikel 34 Mw is. Daartoe acht de Adviescommissie het volgende van belang.

In het Besluit is onder randnummer 95 een deel van een verklaring van de Voorzitter van de Raad van Bestuur van Careyn, ██████████ opgenomen, waarin hij op vragen van de NMa verklaart dat Gouwe Zorg tijdens het bestaan van Caraat ook zelfstandig verzorgingsproducten leverde. Tegen die achtergrond had het naar het oordeel van de Adviescommissie op de weg gelegen van de Raad om te onderzoeken of het leveren van zelfstandige zorgproducten door Gouwe Zorg tijdens het bestaan van Caraat met zich brengt dat sprake is van een Gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 3 lid 4 van de Concentratieverordening en artikel 34 Mw, die bij ontvlechting kan profiteren van de Mededeling Nevenrestricties.

Daarbij wijst de Adviescommissie er voorts op dat de Raad in het Besluit zich weliswaar op het standpunt stelt dat het Herenakkoord niet beperkt was tot het gebied en de activiteiten van Caraat, maar niet heeft onderzocht (althans daarvan in het Besluit niet heeft doen blijken) of, indien het daartoe wel beperkt zou zijn, sprake was van een afspraak die zou kunnen profiteren van de Mededeling Nevenrestricties.

28. In verband met het voorgaande adviseert de Adviescommissie de Raad nader te motiveren waarom ten aanzien van het garantieartikel naar zijn mening geen sprake is van een toegelaten nevenrestrictie.

Geschiktheid van de afspraak om de mededinging te beperken

29. Bezwaarden hebben beide (subsidiair) aangevoerd dat de Raad (op wie in dit verband de bewijslast rust) niet heeft bewezen dat de in het Herenakkoord vervatte afspraak, als door de Raad geïnterpreteerd, concreet geschikt was om de mededinging in de zorgkantorregio Midden-Holland te beperken. Voor het geval

¹⁰ Geconsolideerde Mededeling van de Commissie (over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen), randnr. 92, Pb 2008, C95/01

¹¹ Geconsolideerde Mededeling van de Commissie (over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen), randnr. 95, Pb 2008, C95/01

dat de Raad besluit het hiervoor gegeven advies aangaande de uitleg van het Herenakkoord niet te volgen in zijn besluit op bezwaar, zal de Adviescommissie ook dit subsidiaire bezwaar beoordelen. Het bezwaar valt, samengevat, uiteen in de volgende onderdelen.

30. De Raad heeft volgens bezwaarden onvoldoende onderzoek verricht naar de economische context, meer in het bijzonder de specifieke situatie en toetredingsmogelijkheden op de markten voor PV&VP en HV in de zorgkantoorregio Midden-Holland. Het door de Raad geciteerde rapport *"Concurrentie in de thuiszorg, een analyse van de juridische en economische context"* van het onderzoeksbureau Erasmus Competition & Regulation Institute¹² (hierna: het ECRI-rapport) uit 2007 bevat slechts een algemene analyse van de AWBZ-markt en niet van de specifieke situatie in Midden-Holland in de periode van de vastgestelde overtreding (2006-2007, hierna korthedshalve: de inbreukperiode). Verder heeft de Raad ten onrechte de invoering van de WMO niet bij haar marktanalyse betrokken en is hij ten onrechte niet ingegaan op de rol van het garantiebudget en de transitie in de thuiszorgmarkt.
31. De Raad heeft een vertekend beeld geschetst van het beleid van het zorgkantoor Midden-Holland en de mogelijkheden voor nieuwe toetreders.
32. Behalve naar de economische situatie en toetredingsmogelijkheden in de zorgkantoorregio heeft de Raad volgens bezwaarden ook onvoldoende onderzoek gedaan naar de toetredingsmogelijkheden van (specifiek) Careyn tot de markten voor persoonlijke verzorging en verpleging en voor huishoudelijke verzorging (hierna: PV&VP en HV) in de zorgkantoorregio Midden-Holland en niet aangetoond dat Careyn in die regio een (gerede) potentiële concurrent was van Vierstroom in de inbreukperiode. Careyn kon niet (rendabel) toetreden tot Midden-Holland met haar bestaande infrastructuur en evenmin via een zogenoemde "greenfield" operatie, aldus bezwaarden.

Beoordeling

33. Bij de beoordeling van deze bezwaren neemt de Adviescommissie het volgende tot uitgangspunt. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: Gerecht), alsmede van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) dat *"de beoordeling of een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging al dan niet strekt tot beperking van de mededinging of die ten gevolge heeft, [moet] plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich, zonder de overeenkomst met haar beweerde beperkingen, zou afspelen. Dit houdt in dat de overeenkomst moet worden onderzocht binnen de economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt optreden, de producten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert."*¹³
34. Uit de hiervoor bedoelde jurisprudentie volgt onder meer dat de Raad gehouden is de concrete economische omstandigheden op de relevante markt te onderzoeken en in kaart te brengen, waarbij dient te worden ingegaan op de wijze waarop de markt daadwerkelijk functioneert. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft

¹² Prismanr. 6109/199.

¹³ Zie bijv. CBB 28 oktober 2005, *Modint e.a. / d-g NMa*, LJN AU5316, rov. 7.2.2. Vgl. ook CBB 6 oktober 2008, *NIP, NVVP en LVE / NMa*, rov. 5.3.

de Raad dit noodzakelijke onderzoek van de economische context waarbinnen bezwaarden zich bewogen en waarbinnen het Herenakkoord een rol speelde niet, althans onvoldoende deugdelijk, verricht. Het volgende is daartoe van belang.

35. Het ECRI-rapport, waarop de Raad haar algemene uiteenzetting van de wijze waarop concurrentie mogelijk is¹⁴ baseert, is (zoals de Adviescommissie reeds benadrukte in haar advies in zaak 6108, *Thuiszorg Kennemerland*) weliswaar een bruikbaar document om de veranderingen in regelgeving en de algemene gevolgen daarvan voor aanbieders van thuiszorg in kaart te brengen, maar het vormt geen uitkomst van specifiek onderzoek naar de economische verhoudingen binnen de zorgkantoorregio Midden-Holland gedurende de inbreukperiode en de positie die bezwaarden en hun (potentiële) concurrenten daarin innamen, mede in het licht van het door het zorgkantoor Midden-Holland en de zorgkantoren in de omliggende regio's destijds gevoerde beleid. Dit betekent dat met het ECRI-rapport niet de vereiste onderbouwing van de economische context is geleverd.
36. De Raad baseert zijn analyse en conclusies met betrekking tot de (mogelijkheden tot) potentiële concurrentie in Midden-Holland¹⁵ met name op een door de NMa (DM) verricht onderzoek onder marktpartijen naar de belangrijkste kenmerken die vereist waren om zorgverleners in staat te stellen met diensten op het gebied van HV en PV&VP toe te treden tot, en hun productie uit te breiden in, Midden-Holland in de inbreukperiode. Dat onderzoek heeft, zo blijkt uit het Besluit en de schriftelijke toelichting en mondelinge toelichting van de Raad, bestaan uit een enquête onder een dertigtal aanbieders van thuiszorg in Midden-Holland en de omliggende zorgkantoorregio's en het stellen van vragen aan het zorgkantoor Midden-Holland. Naar het oordeel van de Adviescommissie staat, mede gelet op de daartegen door bezwaarden geuite bedenkingen, niet vast dat dit onderzoek een deugdelijk en (voor de relevante markten en activiteiten) representatief onderzoek is geweest, nu een onderzoeksverantwoording ontbreekt. Zo is niet bekend hoe en op basis waarvan de dertig ondervraagde zorgaanbieders zijn geselecteerd (bezwaarden hebben er in dit verband bijvoorbeeld op gewezen dat intramurale instellingen die (ook) extramuraal thuiszorg aanbieden andere antwoorden zullen geven op de gestelde vragen dan met bezwaarden vergelijkbare (puur) extramurale aanbieders). Ook is niets bekend over de aantallen ondervraagde aanbieders afgezet tegen de totale populatieomvang van aanbieders en is niet duidelijk of sprake is geweest van een selecte of een aselechte steekproef.
37. Zelfs indien zou komen vast te staan dat het door DM uitgevoerde onderzoek deugdelijk van opzet is en dat de uitkomsten representatief zijn, is de Adviescommissie van oordeel dat de toepassing in het Besluit van die uitkomsten bij de beantwoording van de vraag of Careyn op de relevante productmarkten in Midden-Holland als gereede potentiële concurrent van Vierstroom dient te worden beschouwd ondeugdelijk, althans op zijn minst onvoldoende gemotiveerd is. De uitkomsten van het onderzoek zoals die blijken uit het dossier kunnen de door de Raad getrokken conclusie – dat Careyn als gereede potentiële concurrent van Vierstroom in de zorgkantoorregio Midden-Holland moet worden beschouwd – niet dragen. Daarbij geldt het volgende.
38. Bezwaarden hebben er terecht op gewezen dat, hoewel in het Besluit wordt overwogen dat uit het onderzoek blijkt dat het kenmerk "aangrenzendheid van het werkgebied" volgens meerdere respondenten het belangrijkste kenmerk is dat een aanbieder in staat stelt om te kunnen toetreden tot een andere zorgkantoorregio,

¹⁴ Randnrs. 70-82 van het Besluit.

¹⁵ Randnrs. 170-225 van het Besluit.

de Raad vervolgens concludeert dat Careyn als gereede potentiële concurrent van Vierstroom in de zorgkantoorregio Midden-Holland moet worden beschouwd omdat zij in de nabijheid van (hoewel niet aangrenzend aan) die regio actief was. Dit terwijl alle overige in het Besluit als gereede potentiële concurrenten aangemerkte aanbieders wel een aan Midden-Holland aangrenzend werkgebied hebben en uit de ingevulde vragenlijsten blijkt dat de respondenten niet zijn bevestigd met betrekking tot de eventuele voordelen die (slechts) "nabijheid" biedt bij het toetreden tot een nieuwe regio. Nu, zoals de Raad in het Besluit heeft opgemerkt,¹⁶ de respondenten in het onderzoek hebben aangegeven dat de voordelen van een aangrenzend werkgebied met name zijn gelegen in het kunnen gebruik maken van bestaande infrastructuur en bestaand personeel waardoor bestaande activiteiten kunnen worden uitgerold naar een aangrenzend gebied, kan naar het oordeel van de Adviescommissie zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet zonder meer worden aangenomen dat (niet alleen een aanbieder met een *aangrenzend* werkgebied maar ook) een aanbieder met een "nabijgelegen" werkgebied de door de respondenten bedoelde "uitrol" van de activiteiten zou kunnen effectueren. Ook tijdens de mondelinge behandeling van het bezwaar hebben de vertegenwoordigers van de Raad de Adviescommissie niet overtuigend kunnen uiteenzetten dat en waarom de door de respondenten (waaronder het zorgkantoor) bedoelde "aangrenzendheid" kan worden gelijkgesteld met "nabijheid", zoals in het Besluit is gedaan.

39. Het voorgaande klemt temeer nu bezwaarden – onderbouwd en onbetwist – hebben aangevoerd dat de minimale afstand die de bestaande medewerkers van Careyn zouden moeten overbruggen om in Midden-Holland thuiszorg te verlenen bijna 20 kilometer bedroeg en gemiddeld bijna 30 kilometer, terwijl uit de verklaringen van de bevestigde thuiszorgaanbieders blijkt dat zij een afstand van 15 kilometer voor hun medewerkers niet meer (rendabel) bereikbaar achten. Daar komt bij dat uit het dossier niet blijkt dat de Raad naar de maximaal rendabele reisafstand voor de medewerkers van Careyn enig onderzoek heeft gedaan. Het verrichte contextonderzoek voldoet naar het oordeel van de Adviescommissie in ieder geval niet aan de daaraan te stellen eisen wat betreft de mogelijkheid voor Careyn om met haar bestaande personeel en infrastructuur vanuit zorgkantoorregio Delft-Westland-Oostland (DWO) toe te treden tot Midden-Holland.
40. Nu aan de door de respondenten in het DM-onderzoek als belangrijkste aangemerkte voorwaarde voor succesvolle toetreding in een nieuwe zorgkantoorregio niet lijkt te zijn voldaan in het geval van Careyn, biedt dat onderzoek – ook als zou blijken dat het wel deugdelijk van opzet en representatief wat betreft de uitkomsten zou zijn – naar het oordeel van de Adviescommissie onvoldoende basis voor de conclusie dat Careyn als gereede potentiële concurrent van Vierstroom moet worden beschouwd.
41. De Raad heeft zijn conclusie dat Careyn als gereede potentiële concurrent van Vierstroom in Midden-Holland moet worden beschouwd naast het bovengenoemde DM-onderzoek voorts gebaseerd op een aantal documenten en verklaringen van (voormalig) bestuurders van Careyn. Daaruit blijkt volgens het Besluit dat Careyn uitbreiding van het werkgebied in het algemeen en uitbreiding naar de zorgkantoorregio Midden-Holland in het bijzonder als een zeer voor de hand liggende mogelijkheid beschouwde.¹⁷ Careyn heeft in haar schriftelijke zienswijze voorafgaand aan het Besluit onderbouwd aangevoerd waarom de betreffende

¹⁶ Zie o.m. randnr. 174 van het Besluit.

¹⁷ Zie randnrs. 212-218 van het Besluit en de aldaar genoemde documenten.

documenten en verklaringen de gevolgtrekkingen van de Raad naar haar mening niet kunnen dragen. In het Besluit en ten overstaan van de Adviescommissie is de Raad op die argumenten niet ingegaan.

42. Daar komt bij dat uit de rechtspraak van het Gerecht in onder meer de *Visa-zaak*¹⁸ volgt dat de Raad, om na te gaan of Careyn een potentiële concurrent was op de relevante markt, verplicht is te onderzoeken of er, indien het Herenakkoord niet zou zijn gesloten, een reële en concrete mogelijkheid bestond dat Careyn tot de markten voor HV en VP&PV in Midden-Holland kon toetreden in de inbreukperiode en met de daar al gevestigde aanbieders kon concurreren. Uit de rechtspraak van het Gerecht volgt eveneens dat een dergelijke stelling niet mag berusten op een loutere veronderstelling, maar moet zijn onderbouwd met feiten of met een onderzoek naar de structuur van de relevante markt. Zo mag een onderneming niet als potentiële concurrent worden aangemerkt indien haar toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie. Daaruit volgt dat, om na te gaan of Careyn als potentiële concurrent van Vierstroom kan worden aangemerkt, het (gestelde) voornemen van Careyn om tot de relevante markten in Midden-Holland toe te treden weliswaar een van de relevante elementen kan zijn, maar de beoordeling van de Raad toch hoofdzakelijk moet berusten op de daadwerkelijke mogelijkheid en capaciteit van Careyn om tot deze markten toe te treden. Naar het al dan niet bestaan van die daadwerkelijke mogelijkheid en capaciteit van Careyn om – economisch levensvatbaar – toe te treden heeft de Raad geen, althans naar het oordeel van de Adviescommissie onvoldoende, onderzoek verricht.
43. Tijdens de mondelinge behandeling op 20 januari 2012 is door de vertegenwoordigers van de Raad daarover gesteld dat de disciplinerende werking die potentiële concurrenten hebben op het marktgedrag van een onderneming met name samenhangt met de onzekerheid over het marktgedrag van de potentiële concurrent, zodat niet doorslaggevend is of een onderneming daadwerkelijk in staat is om (economisch levensvatbaar) toe te treden. De Raad hoeft, met andere woorden, in het kader van haar onderzoek niet op de stoel van de bestuurders van de betrokken ondernemingen te gaan zitten, aldus de vertegenwoordigers van de Raad.
44. De Adviescommissie deelt die stelling van de Raad niet en is van oordeel dat, gelet op de onder meer in het hiervoor geciteerde *Visa*-arrest gehanteerde maatstaf, de aanname dat Careyn als potentiële concurrent bij gebreke van het Herenakkoord een disciplinerende invloed zou hebben kunnen uitoefenen op het marktgedrag van Vierstroom gebaseerd dient te zijn op een deugdelijk onderbouwd oordeel dat Careyn's (gestelde) wens om toe te treden tot de markt beantwoordde aan een levensvatbare economische strategie. De stelling dat Vierstroom (ongeacht of Careyn überhaupt in staat zou zijn rendabel toe te treden) niet zeker kon zijn van het marktgedrag van Careyn volstaat dan ook niet.
45. Dit klemmt naar het oordeel van de Adviescommissie temeer nu bezwaarden hun betwisting van de stelling dat Careyn als gereede potentiële concurrent van Vierstroom in Midden-Holland ten tijde van de inbreukperiode moet worden beschouwd uitvoerig hebben onderbouwd met argumenten en resultaten van (al dan niet door of in opdracht van hen uitgevoerde) onderzoeken, waarop de Raad niet of nauwelijks inhoudelijk is ingegaan.

¹⁸ Arrest van het Gerecht van 14 april 2011 in zaak T-461/07 *Visa / Commissie*, rov. 166-168 en aldaar aangehaalde jurisprudentie.

46. Zo hebben bezwaarden bijvoorbeeld (reeds naar aanleiding van het aanvullend rapport) gewezen op de – uit het dossier blijkende - afwijzende houding van het zorgkantoor DSW ten opzichte van concurrentie tussen en door de door haar gecontracteerde thuiszorgaanbieders (waaronder Vierstroom) in het algemeen, en ten opzichte van de uitbreiding van het werkgebied van de in haar regio actieve aanbieders in het bijzonder.¹⁹ Bezwaarden hebben in de bezwaarfase bovendien een verklaring overgelegd van [REDACTED], de heer [REDACTED],²⁰ waarin hij onder meer uiteenzet dat DSW (ook in de inbreukperiode) negatief stond tegenover uitbreiding van het geografisch werkgebied van een extramurale thuiszorgaanbieder en tegenover toetreding door autonome groei. Daarom (en vanwege de financiële situatie waarin Careyn destijds verkeerde) zou DSW in de inbreukperiode negatief hebben gestaan tegenover eventuele voornemens of pogingen van Careyn om actief te worden in de gemeente Lansingerland (de strook tussen het werkgebied van Careyn en de zorgkantoorregio Midden-Holland via welke Careyn volgens de Raad haar activiteiten richting Midden-Holland had kunnen uitrollen). Dergelijke plannen zouden dus door het zorgkantoor zijn afgewezen. Op basis van het gevoerde beleid zou DSW ook negatief hebben gestaan tegenover pogingen van aanbieders uit de zorgkantoorregio DWO om hun werkgebied uit te breiden naar andere zorgkantoorregio's en dat gold in het bijzonder voor (onder meer) Careyn. De bedoelde negatieve reactie van DSW lag voor Careyn in de lijn der verwachting, aldus de heer [REDACTED]. Bezwaarden hebben zich op het standpunt gesteld dat uit de verklaring van de heer [REDACTED] blijkt dat Careyn gelet op de opstelling en het beleid van DSW in de inbreukperiode zeer moeilijk of zelfs onmogelijk haar activiteiten via Lansingerland had kunnen uitrollen naar Midden-Holland (met bestaand personeel). Ook had Careyn niet over Lansingerland heen "springend" direct (met nieuw personeel, in een zogenoemde "greenfields" operatie) actief kunnen worden in Midden-Holland zonder daarmee de relatie met het voor haar belangrijkste zorgkantoor, DSW, ernstig te verstoren, en Careyn wist dat destijds ook, aldus bezwaarden. De Raad is in haar schriftelijke toelichting in de bezwaarfase en tijdens de hoorzitting niet inhoudelijk ingegaan op de verklaring van de heer [REDACTED] en de conclusies die bezwaarden daaraan verbinden.
47. Naast de verklaring van de heer [REDACTED] hebben partijen een door het onderzoeksinstituut SEO in hun opdracht opgesteld rapport²¹ (hierna: het SEO-rapport) overgelegd, waaruit volgens hen blijkt dat toetreding tot Midden-Holland voor Careyn in ieder realistisch scenario ook op de middellange termijn (vijf jaar) en zelfs op de termijn van 10 jaar (zwaar) verlieslatend zou zijn geweest. De Raad is noch in haar schriftelijke toelichting, noch tijdens de mondelinge behandeling inhoudelijk ingegaan op dit rapport en de door bezwaarden daaraan verbonden conclusies, maar heeft slechts opgemerkt dat hij het SEO-rapport moeilijk kan beoordelen omdat hij niet beschikt over de onderliggende cijfers. Bezwaarden hebben in reactie daarop opgemerkt dat de Raad niet om die onderliggende cijfers heeft gevraagd maar dat zij desgewenst graag bereid zijn die aan de Raad ter beschikking te stellen.

¹⁹ Zie aanvullende zienswijze Vierstroom, prismanr. 6109/766, p. 54-56.

²⁰ Bijlage 2 bij aanvullende gronden van bezwaar Vierstroom en bijlage 4 bij aanvullende gronden van bezwaar Careyn.

²¹ SEO Economisch Onderzoek, *Businesscase toetreding Careyn tot zorgkantoorregio Midden-Holland, september 2011*, bijlage 3 bij aanvullende gronden van bezwaar Vierstroom en bijlage 10 bij aanvullende gronden van bezwaar Careyn.

48. De Adviescommissie is van oordeel dat – nog daargelaten de hiervoor bedoelde gehoudenheid van de Raad tot deugdelijk onderzoek naar de daadwerkelijke capaciteit van (specifiek) Careyn om levensvatbaar tot Midden-Holland toe te treden – met name de verklaring van ██████ (en het overige materiaal in het dossier aangaande het beleid van DSW) en het SEO-rapport- in het te nemen Besluit op bezwaar een inhoudelijke beoordeling en reactie behoeven.
49. Gelet op het voorgaande wordt de Raad geadviseerd het bezwaar dat de concrete geschiktheid van het Herenakkoord (zoals uitgelegd in het Besluit) om de mededinging in Midden-Holland te beperken niet is bewezen, gegrond te verklaren, althans het Besluit op bezwaar op dit punt nader te motiveren, mede aan de hand van nog te verrichten (nader) onderzoek naar de daadwerkelijke toetredingsmogelijkheden van Careyn en naar de door bezwaarden gestelde opstelling van het zorgkantoor DSW als speler met inkoopmacht in zijn regio (als bedoeld in randnr 46 hiervoor).

ONDERDEEL C – BEZWAREN MET BETREKKING TOT DE BOETE

50. Voor de bezwaren met betrekking tot (de hoogte van) de boete geldt evenzeer dat deze slechts worden beoordeeld voor het geval de Raad mocht besluiten het advies met betrekking tot de bezwaren aangaande het bewijs van de overtreding niet te volgen.

Bezwaren Vierstroom

51. Vierstroom heeft – subsidiair - bezwaar gemaakt tegen (de hoogte van) de in het Besluit opgelegde boete. Dit bezwaar van Vierstroom valt uiteen in de volgende onderdelen.
52. De Raad heeft de boeteverlagende omstandigheden onvoldoende meegewogen; een juiste afweging zou leiden tot 100% matiging dan wel het opleggen van een symbolische boete. In dit verband voert Vierstroom als boeteverlagende omstandigheden aan: de hybride structuur van de markt; de eerdere beleidsopvattingen van de NMa; de door de overheid aan de zorgsector gegeven tegenstrijdige signalen; de opvattingen van de Algemene Rekenkamer; de oproep van het ministerie van VWS aan de NMa om meer "guidance" aan de sector te geven en het gebrek aan bruikbare voorlichting door de NMa. De Raad heeft er volgens Vierstroom terecht rekening mee gehouden dat de thuiszorg een markt in transitie is, maar de boeteverlaging van 25% waarin dit resulteert is volgens haar te laag.
53. De Raad had volgens Vierstroom voorts de korting wegens boeteverlagende (markt)omstandigheden pas mogen aftrekken nádat zij de boete matigde naar aanleiding van de financiële draagkracht van Vierstroom; doordat eerst de korting wegens marktomstandigheden is toegepast heeft Vierstroom die korting feitelijk niet ontvangen. Dit is in strijd met het evenredigheidsbeginsel en met het gelijkheidsbeginsel, nu Careyn deze korting wel heeft gekregen, aldus Vierstroom.
54. Het aanvullend rapport was volgens Vierstroom onrechtmatig en was onnodig geweest als de DM haar werk meteen goed had gedaan; daarom dienen de advocaatkosten vanaf de datum van heropening van het onderzoek tot de datum van de boeteplegging volgens haar integraal op de boete in mindering te worden gebracht.

55. Ook de korting wegens overschrijding van de redelijke termijn is volgens Vierstroom feitelijk niet meegenomen in de boeteberekening omdat die korting is toegepast vóór de matiging wegens financiële draagkracht. Bovendien is de toegepaste korting onevenredig laag gelet op het bepaalde in het arrest van het Gerecht van 16 juni 2011 inzake *Heineken / Commissie*, aldus Vierstroom.

Beoordeling

56. Met betrekking tot het bezwaar dat de Raad de door Vierstroom aangevoerde boeteverlagende omstandigheden en de door de Raad zelf in het Besluit aangehaalde omstandigheden onvoldoende heeft meegewogen bij het vaststellen van de boete, merkt de Adviescommissie allereerst op dat alle door Vierstroom genoemde omstandigheden aspecten zijn die samenhangen met de transitie van de thuiszorgmarkt(en) naar een situatie waarin aanbieders worden geacht met elkaar te concurreren. Daarnaast heeft tijdens de inbreukperiode de transitie plaatsgevonden van AWBZ naar Wmo (wat betreft de markt voor HV). Vierstroom heeft erop gewezen dat de Adviescommissie in haar advies in de zaak *Thuiszorg Kennemerland*²² in het transitoire karakter van de thuiszorgmarkt aanleiding heeft gezien voor een boeteverlaging groter dan 25%. De Adviescommissie is van oordeel dat het transitoire karakter van de thuiszorgmarkt – en in dat kader in het bijzonder de tegenstrijdige signalen vanuit de politiek en sommige zorgkantoren aangaande de gewenstheid van onderlinge concurrentie tussen thuiszorgaanbieders - in de onderhavige zaak evenzeer aanleiding zou moeten zijn voor een verlaging van de boete met meer dan 25% en adviseert de Raad overeenkomstig te besluiten.
57. De Adviescommissie kan Vierstroom echter niet volgen in haar redenering dat de boeteverlaging wegens marktomstandigheden en/of de boeteverlaging wegens overschrijding van de redelijke termijn pas ná de matiging wegens de financiële draagkracht van Vierstroom dient te worden toegepast. Laatstgenoemde matiging vloeit voort uit het door de wetgever geformuleerde uitgangspunt dat het niet zo moet zijn dat een wegens overtreding van de Mw opgelegde boete een faillissement van de onderneming waarschijnlijk zou maken.²³ Het gaat hierbij dan ook om een correctie van de – conform de daarvoor geldende uitgangspunten als vastgelegd in de Boetecode 2007 berekende - boete; een correctie die uitsluitend wordt toegepast indien de volgens die uitgangspunten vast te stellen boete de financiële draagkracht van de onderneming in kwestie te boven gaat. In zoverre is de matiging wegens beperkte financiële draagkracht te vergelijken met een “hardheidsclausule”, die naar het oordeel van de Adviescommissie dient te worden toegepast na eventuele (andere) vermeerderingen en verminderingen van de boete, zoals de Raad in het onderhavige geval ook heeft gedaan. Om die reden dient het bezwaar dat Vierstroom de kortingen wegens marktomstandigheden en overschrijding van de redelijke termijn niet feitelijk niet heeft ontvangen te worden verworpen. Ook het bezwaar dat de gehanteerde methodiek tot matiging leidt tot strijd met het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel stuit hierop af.
58. Met betrekking tot het bezwaar dat de verlaging van de boete met € 10.000,-- in verband met overschrijding van de redelijke termijn onevenredig laag is gelet op het door het Gerecht in de zaak *Heineken / Commissie* gehanteerde verlagingspercentage, merkt de Adviescommissie om te beginnen op dat niet kan worden uitgegaan van een verhoging/verlaging van het toe te passen verlagingspercentage evenredig aan de periode waarmee de redelijke termijn is

²² Advies in zaak 6108, randnrs. 30-31.

²³ MvT, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

overschreden in de onderhavige zaak afgezet tegen de overschrijdingstermijn in andere zaken, waaronder *Heineken / Commissie*. De verlaging van de boete met € 10.000,- komt de Adviescommissie gelet op de lengte van de termijnoverschrijding voorts niet onredelijk voor, zodat de Raad wordt geadviseerd dit onderdeel van het bezwaar ongegrond te verklaren.

59. Hoewel het heropenen van het onderzoek en het uitbrengen van een aanvullend rapport zoals hiervoor is overwogen naar het oordeel van de Adviescommissie niet als onrechtmatig kan worden beschouwd, heeft Vierstroom voldoende aannemelijk gemaakt dat de kosten voor de verdediging door het gefaseerde verweer dat daardoor nodig was (o.a. tweemaal zienswijze geven op een rapport, tweemaal een hoorzitting) hoger zijn geweest dan bij het uitbrengen van een enkel rapport het geval zou zijn geweest. Hoewel dit – gelet op de rechtmatigheid van de door de Raad en DM gevolgde handelwijze op dit punt - naar het oordeel van de Adviescommissie geen aanleiding kan zijn voor het integraal op de boete in mindering brengen van de advocaatkosten vanaf de datum van heropening van het onderzoek, wordt de Raad geadviseerd dit aspect als boeteverlagende omstandigheid bij de berekening van de boete in aanmerking te nemen.

Bezwaren Careyn

60. Het door Careyn aangevoerde bezwaar tegen (de hoogte van) de boete valt uiteen in de volgende onderdelen.
61. De boeteberekening is onzorgvuldig en onvoldoende gemotiveerd omdat de Raad de betrokken omzet Careyn bepaalt op 30% van de betrokken omzet Vierstroom met als (voornaamste) argument dat dit als “beschermd omzet” wordt beschouwd, zonder een definitie te geven van “beschermd omzet”. Bovendien geldt hoe dan ook dat Careyn nooit een marktaandeel van 30% had kunnen verwerven in Midden-Holland gedurende de inbreukperiode; gelet op de door het zorgkantoor Midden-Holland gehanteerde garantiebudgetten had Careyn hooguit een marktaandeel van (in totaal) 9% kunnen verwerven.
62. De ernst van de overtreding is te zwaar vastgesteld.
63. De Raad heeft de volgende boeteverlagende omstandigheden onvoldoende meegewogen: de thuiszorgmarkt bevond zich in een transitiefase; de zorgkantoren boden veelal geen ruimte voor concurrentie; er werden tegenstrijdige signalen gegeven aan de thuiszorgsector en er was een gebrek aan specifieke voorlichting door de NMa aan de thuiszorgsector.

Beoordeling

64. De Adviescommissie mist in het Besluit een motivering van de vaststelling van de “beschermd omzet” als 30% van de omzet van Vierstroom. De Raad wordt dan ook geadviseerd het besluit op bezwaar op dit punt (nader) te motiveren en daarbij onder meer in te gaan op de betekenis van het begrip “beschermd omzet”, de vraag hoe Careyn – gelet op de hoogte van de door het zorgkantoor gehanteerde garantiebudgetten – een marktaandeel van 30% had kunnen verwerven in Midden-Holland en - indien het verwerven van 30% marktaandeel niet mogelijk moet worden geacht - waarom de “beschermd omzet” niettemin 30% van de betrokken omzet van Vierstroom bedraagt.
65. Uitgaande van de door de Raad gehanteerde uitleg van het Herenakkoord als een (algemeen geldend) non-concurrentiebeding (een zienswijze die de

Adviescommissie zoals hiervoor uiteengezet niet deelt) kunnen de kwalificatie van de overtreding als "zwaar" en de gehanteerde ernstfactor 1 naar het oordeel van de Adviescommissie als gepast worden beschouwd, zodat de Raad wordt geadviseerd het daarop betrekking hebbende onderdeel van het bezwaar ongegrond te verklaren.

66. De door Careyn aangevoerde boeteverlagende omstandigheden kunnen, evenals de door Vierstroom aangevoerde boeteverlagende omstandigheden, alle worden beschouwd als samenhangend met het transitoire karakter van de thuiszorgmarkt, zodat voor dit onderdeel van het bezwaar het advies geldt als hiervoor met betrekking tot het bezwaar van Vierstroom op dit punt gegeven.

Slotsom en advies

67. De Adviescommissie adviseert de Raad in voege als voormeld.

23 maart 2012

mr J.P. Fokker
Voorzitter
namens deze: E. Boerwinkel

mr E. Boerwinkel
Secretaris