

## Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet - advies in zaak 6855 (Wasserijen)

*Nader advies van de subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, bestaande uit: prof. mr. J.H. Jans (voorzitter), mr. R.E. Bakker, prof. dr. J.A.H. Maks en mr. M. Sikkens. Ondersteund door mr. G.J. van Midden, secretaris.*

### **INLEIDING**

- 1 Deze procedure, met nummer 6855, betreft de bezwaren van vier textielverzorgers tegen het besluit van de (toenmalige) Nederlandse Mededingingsautoriteit (thans en hierna, **ACM**) van 8 december 2011 (hierna, **het bestreden besluit**). De volgende partijen hebben tegen het bestreden besluit bezwaar ingesteld:
  - (a) Rentex Awé Stein B.V., Rentex Awé Hoensbroek B.V., Awé Onroerend Goed B.V., Awé Beheer B.V. (hierna tezamen, **Rentex Awé**), bijgestaan door hun gemachtigde, mr. J.J.M. Oehlen;
  - (b) Textielreiniging Dieben B.V., Dinky Holding B.V. (hierna tezamen, **Rentex Dieben**), bijgestaan door hun gemachtigden, mr. P.P.J. van Ginneken en mr. drs. M.P.F. Reker;
  - (c) Rentex Floron B.V., Floronet Holding B.V., Floron Textielservice B.V., Floster B.V. (hierna tezamen, **Rentex Floron**), bijgestaan door hun gemachtigde, mr. A.L. Appelman;
  - (d) CleaseLeaseFortex B.V., CleaseLeaseFortex Holding B.V., Purgare Holding B.V., CleaseLeaseFortex Beheer B.V., CleaseLeaseFortex Services B.V. (hierna tezamen, **CLF**), bijgestaan door hun gemachtigden, mr. G.W.A. van de Meent, mr. R.A. Struijlaart en mr. M. Alipour.
  
- 2 De Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna, **de Adviescommissie**) heeft op 14 mei 2013 een advies gegeven over aangevoerde bezwaargronden.

Voor een nadere beschrijving van de achtergronden van de zaak en de procedure, zij verwezen naar dit advies.
  
- 3 De Adviescommissie heeft in haar advies onder meer overwogen dat omdat de twee onder zorginstellingen en textielverzorgers gehouden enquêtes representativiteit ontberen, ACM geen algemene conclusies had kunnen trekken op basis van de

uitkomsten van deze enquêtes.<sup>1</sup> De Adviescommissie heeft ACM derhalve geadviseerd de tegen het gebruik van de enquêtes aangevoerde bezwaargronden gegrond te verklaren.

- 4 Deze overwegingen van de Adviescommissie zijn voor ACM aanleiding geweest om de Directie Mededinging (**DM**) te vragen een aanvullend rapport op te stellen. Middels dit aanvullend rapport zijn de resultaten van een in 2009 door DM uitgevoerd sectorbreed onderzoek onder zorginstellingen ten aanzien van de aanbesteding cq. selectie van aanbieders van textielreinigingsdiensten aan het dossier toegevoegd. Naar het oordeel van DM ondersteunen deze conclusies de bevindingen in hoofdstuk van het oorspronkelijke rapport (van 31 maart 2011).
- 5 Dit aanvullend rapport is op 14 januari 2014 aan alle bezwaarden gestuurd. ACM heeft bezwaarden in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke zienswijze in te dienen. Van die mogelijkheid hebben alle partijen gebruik gemaakt. ACM heeft in een schriftelijke toelichting van 8 mei 2014 een reactie gegeven op deze zienswijzen.
- 6 Op 15 mei 2014 heeft de hoorzitting bij de Adviescommissie plaatsgevonden. Daarbij waren de vier ondernemingen met hun gemachtigden aanwezig. ACM werd vertegenwoordigd door mr. J.P.C. van der Weegen en mr. M. Verhoef. Namens de Adviescommissie waren aanwezig prof. mr. J.H. Jans (voorzitter), prof. dr. J.A.H. Maks, mr. M. Sikkens en mr. G.J. van Midden, als secretaris van de Adviescommissie.

### **BESPREKING VAN HET AANVULLEND RAPPORT**

#### **Rechtmatigheid van het inbrengen van het aanvullend rapport**

- 7 Alle bezwaarden hebben in hun zienswijze aangevoerd dat het uitbrengen van het aanvullend rapport hangende de bezwaarfase in strijd is met de Mededingingswet, de Algemene wet bestuursrecht en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij merken bezwaarden op dat een rapport, ingevolge artikel 59 Mw jo. 5:48 Awb, een voorbereidingshandeling is op een door ACM te nemen primair besluit. Ook menen bezwaarden dat hen een instantie wordt ontnomen, omdat zij normaliter zowel in een schriftelijke zienswijze als in hun bezwaarschrift kunnen reageren op het rapport.

#### *Beoordeling*

- 8 De Adviescommissie volgt bezwaarden hierin niet. Het is juist dat het boeterapport als bedoeld in artikel 59 Mw geldt als voorbereidingshandeling voor het uiteindelijke boetebesluit. In zoverre vormt het bepaalde in het rapport de buitengrens van de

<sup>1</sup> Advies, punten 38-40.

boeteprocedure. Dat ontnemt ACM evenwel niet de bevoegdheid om hangende de bezwaarprocedure een nader rapport op te stellen. Daarbij geldt evenwel de verplichting om partijen in de gelegenheid te stellen zich over de inhoud van het rapport uit te laten.

- 9 Daarbij wijst de Adviescommissie op de tevens door ACM aangehaalde rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waarin zij aldus heeft overwogen:

"In overeenstemming daarmee overweegt het College dat het bezwaar of beroep van een klager er niet toe kan leiden, dat bijvoorbeeld een boete zou worden opgelegd op basis van feiten, omstandigheden of kwalificaties die niet eerst in een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw zijn neergelegd. Er kunnen zich echter wel omstandigheden voordoen, waarbij het naar aanleiding van een bezwaar aanvullen van een dergelijk rapport en het vervolgens aanvullend herhalen van de procedure van artikel 60 Mw, toelaatbaar en zelfs geboden geacht moet worden.

[...] het College [ziet] bovendien niet in waarom het, als dat nodig zou zijn, uitgesloten is om naar aanleiding van de beoordeling van bezwaren te concluderen dat een aanvullend onderzoek moet worden verricht leidend tot het opmaken van een aanvullend rapport, en om in het kader van een dergelijk onderzoek gebruik te maken van de wettelijke onderzoeksbevoegdheden, binnen de grenzen die de Mw stelt."<sup>2</sup>

- 10 Naar het oordeel van de Adviescommissie stond het ACM dus vrij om dit aanvullend rapport ter nadere onderbouwing van haar conclusies in te brengen, nu bezwaarden de gelegenheid hebben gehad daarover hun zienswijze in te dienen.

#### **Nadere economische onderbouwing door het aanvullend rapport**

- 11 Zoals hiervóór aangegeven, is de aanleiding voor het inbrengen van het aanvullend rapport gelegen in de conclusie van de Adviescommissie dat de in het bestreden besluit aangehaalde enquêtes die in 2010 zijn afgenomen onder textielverzorgers en zorginstellingen representativiteit ontberen. ACM heeft haar conclusies ten aanzien van de markt in belangrijke mate gebaseerd op de enquêtes en heeft verder geen nader onderzoek ingesteld naar de economische marktcontext. Om die reden heeft de Adviescommissie in haar eerste advies twijfels geuit over de kwaliteit van het verrichte economische onderzoek en ACM geadviseerd om nader economisch onderzoek te verrichten.
- 12 ACM beoogt met dit aanvullend rapport een nadere onderbouwing te geven van haar conclusies ten aanzien van de economische context. Zij voegt te dien einde een reeds

<sup>2</sup> CbB 17 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034, r.o. 8.1.

in 2009 door DM afgenomen enquête onder ziekenhuis-, verpleeghuis- en verzorgingshuisorganisaties aan het dossier toe. De uit deze enquête voortvloeiende conclusies zijn volgens DM tweërlei. In de eerste plaats zou uit de enquête volgen dat de maximale transportafstand voor CLF, Rentex Floron en Rentex Awé in ieder geval respectievelijk **[VERTROUWELIJK]** In de tweede plaats zou uit de enquête blijken dat textielverzorging van zorginstellingen nagenoeg geheel verzorgd wordt door textielverzorgers die gespecialiseerd zijn in textielverzorging voor de gezondheidszorg, wat er op zou wijzen dat er een aparte markt bestaat voor textielverzorging voor de gezondheidszorg. Deze conclusies zouden de in hoofdstuk 4 van het oorspronkelijke rapport vervatte bevindingen ten aanzien van de markt voor textielverzorging in Nederland bevestigen.

13 Bezwaarden hebben in hun zienswijze verschillende kanttekeningen bij dit nader rapport geplaatst. Deze zijn, samengevat weergegeven, onder andere de volgende:

- Aan de enquête zelf kleven gebreken, die maken dat de resultaten niet bruikbaar zijn. Zo zou ACM in een aantal gevallen de verkeerde adressen hebben gebruikt voor de berekening van de afstanden. Verder is de vraagstelling niet eenduidig, waardoor de antwoorden niet vergelijkbaar zijn.
- De enquête is niet representatief. Een belangrijk deel van de in de zorgsector opererende instellingen, zoals de GGZ-, gehandicaptenzorg- en thuiszorginstellingen, zijn niet bevraagd.
- Uit de enquête kan niet de conclusie worden getrokken dat er binnen de markt voor textielreiniging een apart segment voor de gezondheidszorg bestaat.
- ACM heeft de maximale transportafstanden onjuist vastgesteld.

#### *Beoordeling*

14 In haar eerste advies heeft de Adviescommissie geadviseerd een nader onderzoek te verrichten naar de economische context, dan wel te motiveren waarom het verrichte economisch onderzoek adequaat is.<sup>3</sup> Daarbij heeft de Adviescommissie expliciet gewezen op het belang van een degelijk economisch onderzoek voor de conclusies van ACM ten aanzien van de aard en de gevolgen van de rayonneringsafspraken op de relevante markt en voor de hoogte van de boete.<sup>4</sup>

15 De door ACM gegeven economische onderbouwing achtte de Adviescommissie onvoldoende nu deze was gebaseerd op twee niet-representatieve enquêtes en een nader gedegen economisch onderzoek ontbrak. ACM heeft deze geconstateerde

<sup>3</sup> Advies, punt 51.

<sup>4</sup> Advies, punt 50.

omissie beogen te herstellen door de enquêteresultaten van het onderzoek uit 2009 aan het dossier toe te voegen.

- 16 De Adviescommissie achtte de enquête uit 2010 onder de zorginstellingen niet representatief voor de gehele markt, omdat deze slechts onder klanten van CLF, Rentex Floron en Rentex Awé was afgenomen. De enquête uit 2009 was gestuurd aan alle bij ACM bekende ziekenhuis-, verpleeghuis- en verzorgingshuisinstellingen, die verklaard hebben dat zij de textielreiniging bij derden hebben uitbesteed. Van deze in totaal 490 instellingen hebben 286 (58%) gereageerd, waarvan er 245 bruikbaar waren voor het onderzoek (in totaal 50%).
- 17 Hoewel de enquête uit 2009 is afgenomen onder een grotere groep zorginstellingen, is een aantal categorieën zorginstellingen, zoals gehandicaptenzorg-, thuiszorg- en GGZ-instellingen, niet meegenomen. Waarom dit, zoals ACM ongemotiveerd stelt, aan de representativiteit van de enquête niets af doet, vermag de Adviescommissie niet in te zien. Het komt de Adviescommissie juist voor dat ook onderzoek naar deze zorginstellingen – die evenzeer door textielverzorgers, zoals bezwaarden, worden bediend – relevant is voor een adequate economische beoordeling van de markt. Daarbij is het de Adviescommissie niet gebleken dat ACM statistische technieken heeft toegepast om voor de selectiviteit van deze enquête te corrigeren.
- 18 Verder betreft de enquête uit 2009 slechts een onderzoek naar de *vraagzijde* van de markt. Een nader onderzoek naar de *aanbodzijde* – dus onder de textielverzorgers zelf – heeft ACM niet verricht. Dat terwijl de Adviescommissie ook ten aanzien van de onder de textielverzorgers verrichte enquête oordeelde dat deze niet representatief was. Dit gebrek is met het nader rapport naar overtuiging van de Adviescommissie niet hersteld.
- 19 De Adviescommissie is er, kort en goed, niet van overtuigd geraakt dat de enquête uit 2009 het met betrekking tot de andere enquêtes geconstateerde gebrek aan representativiteit heeft hersteld. Reeds om deze reden lijkt met het nader rapport geen (adequate) aanvullende economische onderbouwing van de conclusies te zijn gegeven.
- 20 Bovendien is het de Adviescommissie niet overtuigd van de deugdelijkheid van de methodiek die ACM heeft gebruikt bij haar analyse van de enquêteresultaten. In het nader rapport heeft ACM zich voor de bepaling van de maximale transportafstand gebaseerd op de grootste gemeten afstand tussen de locatie van de zorginstelling en de locatie van de textielverzorger. Deze afstand zegt op zichzelf niet veel over de maximale afstand die een textielverzorger op een rendabele wijze kan overbruggen. Zoals een aantal bezwaarden terecht heeft opgemerkt kunnen er specifieke redenen

zijn waarom een textielverzorger bereid is om een grote transportafstand te overbruggen (en daarop mogelijk verlies te lijden).

- 21 Ter hoorzitting heeft ACM een histogram overgelegd waarin alle op basis van de enquête berekende afstanden stonden weergegeven. Het gebruik van een histogram, waarin de frequentieverdeling per afstand staat weergegeven, geeft mogelijk een betrouwbaarder beeld van de maximale afstand. Echter is onduidelijk op welke wijze ACM deze in de histogram vervatte resultaten in haar conclusies heeft verwerkt. Daarover heeft ACM noch ter zitting, noch nadien met een aanvullend schriftelijk stuk nadere toelichting gegeven.
- 22 Wat daar ook van zij, ACM kan zich niet op dit stuk beroepen ter nadere onderbouwing van haar bevindingen, nu het buiten de wettelijke 10-dagen-termijn van artikel 7:4 Awb in de procedure is gebracht. Het gebruik van dit stuk in de beoordeling op bezwaar zou, nu bezwaarden geen gelegenheid hebben gehad erop te reageren, in strijd komen met de goede procesorde.
- 23 Ten slotte merkt de Adviescommissie op dat ACM de afstanden heeft berekend op basis van de in de enquête vermelde adressen, zonder te verifiëren of deze daadwerkelijk overeenkomen met de locaties waartussen de textieltransporten hebben plaatsgevonden. In een aantal gevallen zouden de opgegeven adressen slechts factuur- of postadressen betreffen (en geen leveringsadressen). In andere gevallen zouden de adresgegevens fouten bevatten. Nu ACM ter zitting heeft aangegeven deze fouten nog niet te hebben onderzocht, kan niet worden uitgesloten dat de werkelijke transportafstanden afwijken van de door ACM gemeten afstanden. In zoverre bieden de enquêteresultaten dus niet zonder meer betrouwbare informatie over de marktsituatie.
- 24 Gelet op het vorenoverwogene komt de Adviescommissie tot de conclusie dat het in het nader rapport vervatte onderzoek geen, althans onvoldoende nadere onderbouwing verschaft om de door de Adviescommissie geconstateerde gebreken in het economisch onderzoek te herstellen.

#### **Redelijke termijn**

- 25 Naar het oordeel van CLF, Rentex Awé en Rentex Floron heeft ACM de redelijke termijn overschreden. Daarbij doelen zij specifiek op de tijd die is verstreken tussen het uitbrengen van het eerste advies van de Adviescommissie en het uitbrengen van het nader rapport.

**Beoordeling**

- 26 De Adviescommissie constateert dat de rechtbank Rotterdam in een door alle bezwaarden geëntameerde procedure heeft beslist dat ACM binnen vier weken na het uitbrengen van onderhavig advies een beslissing op bezwaar moet geven, op straffe van een dwangsom.
- 27 Los van deze procedure speelt de vraag of in de besluitvormingsprocedure de redelijke termijn is overschreden en of die termijnoverschrijding aan ACM toe te rekenen is. ACM heeft in haar schriftelijke toelichting erkend dat de redelijke termijn is overschreden, maar is van mening dat niet de gehele overschrijding aan haar is toe te rekenen. ACM zal in de beslissing op bezwaar nader ingaan op deze argumenten.
- 28 Voor zover de schending van de redelijke termijn verband houdt met het inbrengen van het nader rapport, is de Adviescommissie van oordeel dat deze schending voor rekening komt van ACM. Het nader rapport dat ACM gedurende deze tijd heeft opgesteld heelt de gebreken van het primaire besluit namelijk niet. De met het opstellen van het nader rapport gepaard gaande vertraging kan dus niet voor rekening van bezwaarden komen.

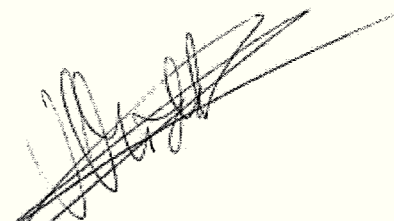
**ADVIES**

- 29 De Adviescommissie is van oordeel dat de in het nader rapport vervatte conclusies de door de Adviescommissie geconstateerde gebreken van het primaire besluit ten aanzien van de economische context en de markt niet, althans onvoldoende kunnen helen. Het nader rapport wijzigt de in het advies van 14 mei 2013 ten aanzien van deze aspecten gegeven adviezen van de Adviescommissie aldus niet.

Groningen/ Den Haag, 6 juni 2014



Prof. mr. J.H. Jans (voorzitter)



mr. G.J. van Midden (secretaris)

