

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 5851 / 211

Betreft zaak: Thuiszorg 't Gooi

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

INHOUDSOPGAVE

1	INLEIDING	3
1.1	Het onderzoek	3
1.2	De procedure	4
1.3	Het rapport	5
1.4	Opbouw van dit besluit	7
2	ZIENSWIJZEN EN BEOORDELING PROCEDURELE ASPECTEN	8
2.1	Artikel 6 lid 3 EVRM	8
2.2	Vooringenomenheid NMa	8
2.3	Schending beginsel van de vertrouwelijkheid communicatie advocaat en cliënt	10
3	RELEVANTE REGELGEVING EN DE MOGELIJKHEID TOT CONCURRENTIE	12
3.1	De AWBZ	12
3.2	De financiering van de thuiszorg	14
3.3	De rol van het zorgkantoor	16
3.4	De WMO	18
3.5	De wijze waarop concurrentie mogelijk is	18
4	FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN	20
4.1	De betrokken ondernemingen	20
4.2	De activiteiten van de betrokken ondernemingen	22
4.3	Voorgeschiedenis	22
4.4	De inhoud van de samenwerking; de Samenwerkingsovereenkomst	32
4.5	Gang van zaken na het sluiten van de Samenwerkingsovereenkomst	40
4.6	Zienswijze omtrent de feiten en omstandigheden zoals vastgesteld in het rapport	43
4.7	Conclusie door de Raad over de feiten en omstandigheden	47

5	JURIDISCHE BEOORDELING	48
5.1	Overtreding artikel 6, eerste lid, Mw.	48
5.1.1	Onderneming in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.	48
5.1.2	Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	48
5.1.3	Mededingingsbeperking	51
5.2	De specialisatievrijstelling, artikel 6, derde lid, Mw en artikel 10 Mw.	64
5.3	Duur van de overtreding	68
6	TOEREKENING	70
7	SANCTIE	70
7.1	Last onder dwangsom	70
7.2	Boete	70
	BESLUIT	77

1 INLEIDING

1.1 Het onderzoek

1. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) heeft op 20 februari 2007 ambtshalve een onderzoek doen instellen naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen die onder meer thuiszorg aanbieden, voornamelijk in de zorgkantorregio 't Gooi, te weten:
 - Stichting Hilverzorg (hierna: Hilverzorg) met inbegrip van haar rechtsvoorganger Stichting De Basis (hierna: De Basis);
 - Stichting Vivium Zorggroep (hierna: Vivium) en
 - Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Centrum voor Regionale Dienstverlening (hierna: TGV) met inbegrip van de met deze onderneming verbonden dochterstichting Zorgpartner.Deze ondernemingen worden hierna ook wel aangeduid als 'de betrokken ondernemingen'.
2. Het onderzoek concentreerde zich op de volgende thuiszorgactiviteiten: "persoonlijke verzorging en verpleging thuis" en "huishoudelijke verzorging thuis" vanaf 30 juni 2006 tot en met 18 december 2007, zijnde de datum van het uitbrengen van het rapport.
3. Op 29 juli 2005 hebben Vivium, Hilverzorg en TGV hun fusievoornemen bekend gemaakt bij de NMa. In het kader van de concentratiecontrole is door de NMa voor de voorgenomen fusie een vergunningseis gesteld.¹ De betrokken ondernemingen hebben daarop in mei 2006 een vergunningsaanvraag ingediend. De aanvraag is in november 2006 weer ingetrokken, omdat de betrokken ondernemingen verwachtten dat de vergunning zou worden geweigerd. Ook hebben de drie ondernemingen afgesproken om hoe dan ook -onafhankelijk van de uitkomst van het fusietraject- nauwer te gaan samenwerken. Deze samenwerking is onder meer vorm gegeven in een samenwerkingsovereenkomst tussen de drie ondernemingen van 30 juni 2006.
4. De bovengenoemde samenwerkingsovereenkomst van 30 juni 2006 (hierna: de Samenwerkingsovereenkomst) bevindt zich in het (concentratiecontrole-)dossier van zaak 4212. In de Samenwerkingsovereenkomst hebben Vivium, Hilverzorg en TGV afgesproken om hun activiteiten onderling te verdelen. In dat kader hebben de betrokken ondernemingen een deel van de activiteiten in de extramurale AWBZ-zorg per 30 juni 2006 aan elkaar overgedragen. De bepalingen in de Samenwerkingsovereenkomst waren voor de NMa de directe aanleiding om een onderzoek te starten.

¹ Besluit van de NMa in zaak 4212/ *De Basis - Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*, besluit van 4 november 2005.

5. Gedurende het onderzoek heeft de NMa op 14, 15 en 16 maart 2007 bij de betrokken ondernemingen bedrijfsbezoeken uitgevoerd. Daarbij is inzage gevorderd in schriftelijke gegevens en bescheiden en zijn hiervan kopieën gemaakt. Verder zijn forensische images c.q. digitale kopieën gemaakt van digitale omgevingen conform de hiervoor geldende digitale werkwijze. Op 14 maart 2007 zijn verklaringen afgenomen van leden van de Raad van Bestuur van de betrokken ondernemingen.
6. Van de bedrijfsbezoeken en van de verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, welke zijn opgenomen in het dossier.² Daarnaast is aanvullende informatie van de betrokken ondernemingen verkregen naar aanleiding van schriftelijke vragen die de NMa heeft gesteld.³
7. Het onderzoeksbureau Erasmus Competition & Regulation Institute (hierna: ECRI) heeft op verzoek van de NMa een onderzoek uitgevoerd naar de juridische en economische mogelijkheden voor concurrentie in de thuiszorg. Het ECRI-rapport: 'Concurrentie in de Thuiszorg, een analyse van de juridische en economische context' van november 2007, is eveneens opgenomen in het dossier.⁴
8. Op 23 november 2007 is het feitencomplex aan de betrokken ondernemingen verzonden.⁵ De ondernemingen hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op het feitencomplex. De reacties hebben geen wezenlijke wijzigingen in het definitieve feitencomplex tot gevolg gehad.⁶

1.2 De procedure

9. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat door de betrokken ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw was overtreden. In opdracht van de Raad heeft de directeur van de toenmalige directie Concurrentietoezicht, nu Directie Mededinging, van de NMa een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt.
10. Het rapport is op 18 december 2007 per koerier toegezonden aan de gemachtigde van de betrokken ondernemingen.
11. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
12. Op 18 maart 2008 zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa en tevens aan de betrokken ondernemingen toegezonden.

² Documentnummers 5851/ 21, 5851/ 23, 5851/ 25.

³ Documentnummer 5851/ 106.

⁴ Documentnummer 5851/ 135.

⁵ Documentnummer 5851/ 129.

⁶ Documentnummer 5851/ 139.

Overeenkomstig artikel 60, eerste lid, Mw heeft de Raad de betrokken ondernemingen opgeroepen schriftelijk of mondeling hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.

13. De betrokken ondernemingen hebben gezamenlijk één schriftelijke zienswijze ingediend en tevens op 15 mei 2008 ten kantore van de NMa hun zienswijze mondeling naar voren gebracht.
14. Van de hoorzitting van 15 mei 2008 is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag opgemaakt. Het verslag van de hoorzitting is op 3 juli 2008 aan de betrokken ondernemingen toegezonden, waarbij zij in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken.
De betrokken ondernemingen hebben hiervan gebruik gemaakt. De opmerkingen zijn aan het dossier toegevoegd.
15. Op 17 juni 2008 heeft de Raad de betrokken ondernemingen verzocht de betrokken omzet van 2007 te verstrekken. De betrokken ondernemingen hebben deze gegevens op 30 juni 2008 aangeleverd.

1.3 Het rapport

16. Hierna zal kort worden samengevat welke conclusies het rapport bevat ten aanzien van de feiten en omstandigheden en de juridische beoordeling. In het rapport worden Vivium, Hilverzorg en TGV aangeduid als de 'Deelnemende ondernemingen'.

Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden

17. Het rapport concludeert in randnummer 79 ten aanzien van de feiten en omstandigheden dat de Deelnemende ondernemingen in reactie op de toenemende concurrentie in de thuiszorg hebben afgesproken om de onderlinge concurrentie op te heffen. Zij hebben daartoe een overeenkomst gesloten en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging begaan, in ieder geval van 30 juni 2006 tot en met heden⁷ op grond waarvan Vivium en Hilverzorg de geografische grenzen van elkaars werkgebied respecteren door geen thuiszorgactiviteiten uit te oefenen in elkaars werkgebied. Daarnaast hebben de Deelnemende ondernemingen de levering van producten verdeeld door in ieder geval sinds 30 juni 2006 uitvoering te geven aan de afspraak dat Vivium en Hilverzorg, ieder in het eigen werkgebied, op basis van exclusiviteit de diensten persoonlijke verzorging en verpleging thuis leveren en TGV op basis van exclusiviteit de dienst huishoudelijke verzorging (en gespecialiseerde vormen van persoonlijke verzorging en verpleging thuis).⁸ Het geheel van de voornoemde overeenkomsten en/of afgestemde feitelijke gedragingen wordt in het rapport aangeduid als 'de Afspraak'.

⁷ Zijnde de datum van ondertekening van het rapport; 18 december 2007.

⁸ In het rapport wordt voor de tussen haken genoemde activiteiten geen overtreding geconstateerd.

De juridische beoordeling in het rapport

18. In randnummer 186 en volgende van het rapport wordt geconcludeerd dat alle Deelnemende ondernemingen hebben deelgenomen aan een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel onderling af te stemmen door middel van de Afspraak met als gemeenschappelijk doel het verdelen van de markt met betrekking tot het aanbieden en leveren van thuiszorgdiensten in 't Gooi. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen met elkaar samen, er is sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die als één voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden aangemerkt.
19. Ten aanzien van alle Deelnemende ondernemingen staat vast, dat zij in de periode van 30 juni 2006 tot en met heden deelnemen aan de Afspraak met als gemeenschappelijk doel het verdelen van de markt met betrekking tot het aanbieden en leveren van thuiszorgdiensten in 't Gooi, aldus het rapport.
20. De gedragingen in het kader van de Afspraak strekken er volgens het rapport toe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te verhinderen, beperken dan wel te vervalsen. Tevens staat vast dat de mededingingsbeperking merkbaar is en dat de onderhavige overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet in aanmerking komt voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, Mw.
21. Het rapport concludeert vervolgens dat de gedragingen zoals omschreven in het rapport ertoe strekken de mededinging te verhinderen, te beperken en te vervalsen en als zodanig een redelijk vermoeden vormen van één voortdurende inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw.
22. De rechtspersonen waaraan de overtreding kan worden toegerekend, zijn blijkens het rapport de Stichting Vivium Zorggroep, Stichting Hilverzorg, Stichting Thuiszorg 't Gooi en Vechtstreek, Centrum voor Regionale Dienstverlening en Stichting Vivium-TGV.

1.4 Opbouw van dit besluit

23. Hierna wordt in hoofdstuk 2 eerst de zienswijzen van de betrokken ondernemingen omtrent de formele aspecten van de besluitvorming besproken en beoordeeld (onderzoek en procedure). In hoofdstuk 3 wordt de voor de betrokken ondernemingen relevante regelgeving, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: AWBZ) en de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (hierna: WMO), beschreven en wordt aangegeven welke mogelijkheden deze regelgeving biedt om op de relevante markt te concurreren. In hoofdstuk 4 worden de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vastgesteld, waarna de Raad zijn eindconclusie over de feiten geeft. Hoofdstuk 5 behandelt de juridische beoordeling, mede gelet op de door de betrokken ondernemingen ingebrachte zienswijze. In hoofdstuk 6 wordt de toerekening behandeld. Vervolgens geeft de Raad in hoofdstuk 7 zijn

overwegingen omtrent het opleggen van een boete mede naar aanleiding van de op dat punt in de zienswijze ingebrachte argumenten. Ten slotte volgt het dictum.

2 ZIENSWIJZEN EN BEOORDELING PROCEDURELE ASPECTEN

24. De betrokken ondernemingen hebben in hun gezamenlijke zienswijze aangegeven dat zij van mening zijn dat de tot dusverre door de NMa gevolgde procedure op een aantal wezenlijke punten inbreuk maakt op de waarborgen die artikel 6 EVRM een onderneming biedt die voorwerp is van een mededingingsprocedure en zelfs in die mate dat de NMa de vervolging, reeds om die reden, zou moeten staken, althans tot niet-oplegging, althans tot een aanzienlijke vermindering van een eventueel op te leggen boete zou moeten besluiten. Ter toelichting voeren zij het volgende aan.

2.1 Artikel 6 lid 3 EVRM

25. In het licht van artikel 6 lid 3 sub a EVRM gaan de *betrokken ondernemingen* ervan uit dat het rapport het geheel omvat van de feiten en omstandigheden waarop de NMa haar vermoeden baseert, alsmede dat het in het rapport gestelde het geheel omvat van de aan de betrokken ondernemingen toegeschreven overtredingen en de door de NMa gebezigde bewijsmiddelen. De betrokken ondernemingen constateren dat de NMa zich ten aanzien van de toegeschreven overtredingen heeft beperkt tot de constatering dat de vermeende afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, verhinderen of vervalsen. Zij gaan ervan uit dat het rapport zich hiertoe beperkt en dat het rapport dus niet ziet op een gedraging die ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt. Zou dit niet het geval zijn, dan schiet de NMa tekort in haar plicht ex artikel 6 lid 3 sub a EVRM, de betrokken ondernemingen op de hoogte te stellen van de aard en reden van de tegen haar ingebrachte beschuldiging en zijn de betrokken ondernemingen niet in staat gesteld zich naar behoren hiertegen te verweren.

Beoordeling

26. De Raad stelt vast dat nu -zoals uit het navolgende blijkt - het besluit binnen de kaders van het rapport blijft en net als het rapport ziet op overeenkomsten en/of onderling afgestemde gedragingen die ertoe strekken de mededinging te beperken, dit betoog geen doel kan treffen.

2.2 Vooringenomenheid NMa

27. De houding van de NMa vanaf de bedrijfsbezoeken in maart 2007 tot en met het versturen van het rapport op 18 december 2007 kenmerkt zich volgens de *betrokken ondernemingen* door vooringenomenheid en onzorgvuldigheid. Tevens geeft het rapport er naar de mening van de betrokken ondernemingen blijk van dat de conclusie bij voorbaat vaststond en dat de NMa vervolgens daarvoor ondersteunend bewijs heeft trachten te vinden. Ontlastende informatie heeft de NMa buiten beschouwing gelaten. Daarnaast heeft de NMa irrelevant

materiaal zodanig suggestief gepresenteerd dat dit alsnog als ondersteunend bewijs kon worden meegenomen. De NMa heeft zich hierbij schuldig gemaakt aan selectief citeren. De betrokken ondernemingen hebben de NMa hier schriftelijk op geattendeerd, maar de NMa heeft hiermee geen rekening gehouden.

28. Zo verwijzen de betrokken ondernemingen naar de presentatie van de NMa-Agenda 2008 en het jaarbericht 2007. Hierdoor is niet alleen de onschuldpresumptie geschonden, maar tevens de eis dat de zaak onpartijdig, dat wil zeggen objectief en zonder vooringenomenheid, wordt behandeld en zelfs iedere schijn van partijdigheid en vooringenomenheid wordt vermeden.
29. Ook is het de betrokken ondernemingen opgevallen dat de NMa aan de bewoordingen van de bestuurders van de betrokken ondernemingen onmiddellijk een mededingingsbeperkende lading geeft. De betrokken ondernemingen doelen daarmee op de uitspraak *'samenwerken met Vivium gaat op basis van gebiedsverdeling en specialiserverdeling, zinvol & goed'*. De betrokken ondernemingen stellen dat dit slechts een interpretatie van een van de bestuurders was, wat blijkt uit de woorden *'persoonlijk credo'*. Daarbij veronachtzaamt de NMa dat deze bewoordingen gebruikt zijn op een moment dat er volgens de NMa geen ruimte voor concurrentie in de AWBZ-zorg was.⁹ De NMa moet zeer zorgvuldig met bewoordingen uit die periode omgaan.
30. De Raad wijst er op dat de Mededingingswet en de procedures die de NMa hanteert, erin voorzien dat niet vooringenomen wordt gehandeld. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61, en 62 Mw een aanvang. De ambtenaren die bij deze werkzaamheden zijn betrokken zijn niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een waarborg tegen vooringenomenheid gegeven. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het onderzoek, doet daaraan niet af. Specifiek met betrekking tot de door de betrokken ondernemingen genoemde uitlatingen merkt de Raad het volgende op.
31. In het NMa-jaarbericht 2007 staat:

'In eerdere jaren heeft de NMa voornamelijk capaciteit ingezet om voorlichting (guidance) te geven aan de zorgsector. Bij bijeenkomsten van brancheverenigingen en congressen heeft de NMa uitleg gegeven over de toepassing van de Mededingingswet. De NMa heeft echter signalen over mogelijke overtredingen van de Mededingingswet door thuiszorginstellingen. Daarom heeft de NMa een aantal bedrijfsbezoeken gebracht. Tijdens deze bedrijfsbezoeken is op locatie gezocht naar bewijzen van mogelijke overtredingen. Dit onderzoek heeft eind 2007 geleid tot de eerste twee rapporten, die aan de betrokken partijen zijn gestuurd.'

⁹ Volgens de betrokken ondernemingen schenkt de NMa pas in het Visiedocument AWBZ-zorg van 22 januari 2004 aandacht aan concurrentie, waarbij zij slechts het bestaan ervan concludeert en niet ingaat op de mate daarvan.

32. In het persbericht dat de NMa naar aanleiding van de presentatie van de NMa-Agenda 2008 uitbracht, staat:

'De zorgsector baart mij zorgen. Omdat wij aanwijzingen hebben dat binnen de thuiszorg kartelafspraken worden gemaakt. Dat beperkt de consument in zijn vrijheid om te kiezen voor de zorg zoals hij die wenst, zowel in kwaliteit als prijs.'

'Wij hebben aanwijzingen voor marktverdeling in de thuiszorg waardoor de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever – meer concurrentie – wordt gefrustreerd,' aldus Kalbfleisch die deze woorden richt tot politiek en samenleving. 'Als dit, na hoor- en wederhoor van betrokken partijen, inderdaad zo blijkt te zijn, dan is dat zeer schadelijk', zo waarschuwt de NMa-voorzitter. 'Want niet alleen de cliënt, maar ook de belastingbetaler die maar liefst 12,5 procent van zijn brutoloon afstaat aan onder meer AWBZ-zorg, is daar de dupe van.'

33. Uit de hierboven weergegeven berichten blijkt volgens de Raad dat de NMa niet bevooroordeeld was en er niet van uitging dat de overtreding waarover werd gesproken reeds vaststond. Niet alleen wordt gesproken over 'signalen' en 'mogelijke overtredingen', ook het woordgebruik ('Als dit, na hoor- en wederhoor van betrokken partijen, inderdaad zo blijkt te zijn') duidt erop dat nog op niet op voorhand werd aangenomen dat er ook daadwerkelijk sprake is van een overtreding.
34. Uit het persbericht kan niet worden afgeleid dat het om mogelijke overtredingen door Hilverzorg, Vivium of TGV gaat. Ook tijdens de persconferentie waarin de NMa-Agenda werd gepresenteerd is niet gezegd om welke regio's of welke thuiszorginstellingen het gaat.
35. Naar aanleiding van het document waarin het '*persoonlijk credo*' is opgenomen, merkt de Raad op dat dit document aantekeningen bevat van de voorzitter van de Raad van Bestuur van Hilverzorg van een overleg dat hij, zo blijkt uit de aantekeningen, had met de heren [vertrouwelijk] (Vivium) en [vertrouwelijk]. In het rapport is dit document gebruikt om aan te tonen wat de opvatting van althans één van de bestuurders was. Met betrekking tot het tijdstip waarop dit document is ontstaan, wijst de Raad er voorts op dat het document niet voorzien is van een datum. Derhalve kan niet worden afgeleid dat deze bewoordingen zijn gebruikt op een moment dat er volgens de NMa geen sprake was van concurrentie op de AWBZ-markt. Wel blijkt uit het document dat de betrokken ondernemingen op de hoogte waren van de toekomstige ontwikkelingen in de AWBZ-zorg, aangezien gesproken wordt over de komst van de WMO en het fusietraject bij de NMa.¹⁰

2.3 Schending beginsel van de vertrouwelijkheid communicatie advocaat en cliënt

36. De *betrokken ondernemingen* hebben naar voren gebracht dat de NMa tijdens de onaangekondigde bedrijfsbezoeken bij Hilverzorg, Vivium en TGV in zowel analoge als

¹⁰ Documentnummer 5851021351678.

digitale bestanden heeft gezocht en deze gegevens en bescheiden ter plaatse heeft geopend en bekeken. Vivium en Hilverzorg zijn tijdens het bedrijfsbezoek in de gelegenheid gesteld om ten aanzien van een deel van de documenten te wijzen op het vertrouwelijke karakter daarvan. De medewerkers van de NMa hebben echter niet alles laten toetsen, waardoor er volgens de betrokken ondernemingen geen sprake is van een reële bescherming van de rechten van de betrokken ondernemingen. De betrokken ondernemingen zijn uitgenodigd om ten kantore van de NMa aan te geven welke gegevens als geprivilegieerd dienen te worden aangemerkt. Slechts een deel van de documenten is hierbij verwijderd.

37. Door zowel tijdens de inval als tijdens de gerichte zoekactie bij de NMa kennis te nemen van de inhoud van de geprivilegieerde documenten hebben de ambtenaren van de NMa het beginsel van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt geschonden. In het licht van het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak AKZO Nobel Chemicals Ltd¹¹ is deze handelswijze ontoelaatbaar. Om deze reden dient de NMa de verdere procedure te staken, aldus de betrokken ondernemingen.
38. De Raad overweegt hiertoe het volgende. Tijdens het bedrijfsbezoek op 14, 15 en 16 maart 2007 heeft de NMa de toen geldende digitale werkwijze gevolgd.¹² Zo zijn er *forensic images* en integrale digitale kopieën gemaakt, welke op een CD-rom zijn gezet die de betrokken ondernemingen is toegezonden. Tijdens zoeksessies ten kantore van de NMa op 26 juni 2007, 29 juni 2007 en 6 augustus 2007 zijn de betrokken ondernemingen in de gelegenheid gesteld om aan te geven welke gegevens als geprivilegieerd dienden te worden aangemerkt. Mevrouw[vertrouwelijk] van advocatenkantoor Van Doorne is als gemachtigde in de mogelijkheid geweest om de vertrouwelijkheid te beoordelen. Uit het dossier blijkt niet dat zij destijds bezwaar heeft gemaakt tegen het niet-verwijderen van de documenten, terwijl zij wel de mogelijkheid had om schriftelijk gemotiveerd aan te geven welke gegevens als geprivilegieerd dan wel privé moesten worden beschouwd. Zowel tijdens deze zoekopdracht als in hun zienswijze hebben de betrokken ondernemingen geen voorbeeld gegeven van stukken waarvoor het beginsel van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt zou gelden. Nu de betrokken ondernemingen niet gespecificeerd hebben aangegeven waarom door de NMa in strijd is gehandeld met het arrest AKZO Nobel Chemicals Ltd, volstaat de Raad met de constatering dat de procedure zoals uiteengezet in de toen geldende digitale werkwijze van de NMa correct is gevolgd en dat het beginsel van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt niet is geschonden.

Conclusie

39. Uit het bovenstaande volgt dat de formele bezwaren van de betrokken ondernemingen dienen te worden afgewezen.

¹¹ GvEA EG 17 oktober 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd./Commissie*, zaak 155/79.

¹² Zie www.nmanet.nl/Images/NMa%20digitale%20werkwijze%202007_tcm16-109942.pdf.

3 RELEVANTE REGELGEVING EN DE MOGELIJKHEID TOT CONCURRENTIE

40. De Raad gaat in dit hoofdstuk in op de voor de betrokken ondernemingen relevante regelgeving, de AWBZ en de WMO, en welke mogelijkheden deze regelgeving biedt om op de relevante markt te concurreren.

3.1 De AWBZ

Inleiding

41. De AWBZ is een volksverzekering met als doel het dekken van bepaalde 'bijzondere ziektekosten', die niet worden vergoed door de ziektekostenverzekering. Iedereen die in Nederland woont en/of loonbelasting betaalt, is verplicht en automatisch AWBZ-verzekerd. De premies worden via de belastingdienst geïnd. De AWBZ-zorg kan worden opgesplitst in extramurale zorg (zorg zónder verblijf) en intramurale zorg (zorg mét verblijf). Thuiszorg behoort tot de extramurale zorg. Binnen de thuiszorg is er een onderscheid te maken naar drie functies: persoonlijke verzorging thuis, verpleging thuis en – tot 1 januari 2007 – huishoudelijke verzorging thuis. Voor deze functies stelt de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) prestatiebeschrijvingen vast.¹³

Wijzigingen AWBZ

42. In de laatste jaren heeft een aantal wijzigingen in de AWBZ plaatsgevonden. Deze wijzigingen hebben de ruimte om te concurreren in de extramurale AWBZ vergroot. Hierna worden de voor dit besluit relevante wijzigingen besproken.
43. Per 1 april 2003 zijn de AWBZ-aanspraken omschreven in termen van functies. Tevens zijn vanaf die datum de mogelijkheden voor zorgaanbieders om AWBZ-breed zorg te leveren uitgebreid. De achterkant van de keten (bekostiging, registratie en verantwoording) was in 2003 nog ongewijzigd. Het College Toezicht Zorgverzekeringen (hierna: CTZ) heeft over de in 2003 ingevoerde maatregelen in 2002 een toezichtstoets uitgebracht.¹⁴ In 2004 is een eerste stap gezet in de richting van functiegerichte *bekostiging* op het terrein van de extramurale zorgverlening. In een beleidsregel van het College Tarieven Gezondheidszorg zijn met ingang van 1 januari 2004 alle bestaande extramurale zorgproducten zoveel mogelijk geclusterd onder de verschillende functies, met daarbinnen zoveel mogelijk harmonisatie naar inhoud en tarief.
44. Voor deze wijziging van 1 april 2003 waren de AWBZ-aanspraken sterk aanbodgericht opgesteld, dat wil zeggen op basis van het dienstenpakket dat door de instellingen traditioneel werd aangeboden. Ook waren deze aanspraken onderverdeeld naar sectoren.

¹³ De prestatiebeschrijvingen zijn vastgelegd in de Beleidsregel prestatiebeschrijvingen extramurale zorg (www.nza.nl).

¹⁴ Moderniseringsmaatregelen AWBZ 2003, CTZ, september 2002.

De wetgever heeft met deze functiegerichte *benadering* een omslag van aanbod- naar vraagsturing beoogd, zodat een intramurale instelling nu bijvoorbeeld ook de 'functie' extramurale thuiszorg kan aanbieden en daarmee de concurrentie kan aangaan met de klassieke thuiszorgaanbieders. Zorgaanbieders krijgen de ruimte om afspraken te maken over prijzen en producten die nodig zijn om in de zorgbehoefte van cliënten te voorzien.¹⁵ Wel is nu door de NZa voor verschillende functies een maximumtarief ingesteld, maar dat verhindert de zorgaanbieders niet om met elkaar te concurreren en een lagere prijs aan te bieden.

45. AWBZ-aanbieders zijn wat de vorm van de aangeboden zorg betreft binnen een functie gehouden aan centraal vastgestelde prestatiebeschrijvingen. Uit het besluit zorgaanspraken AWBZ blijkt dat het de bedoeling is om de landelijke sturing te beperken tot globaal niveau:¹⁶ *'De concretisering van de aanspraken vindt dus op individueel verzekerde-niveau plaats, waardoor daadwerkelijk zorg-op-maat wordt gerealiseerd'*. Sinds 1 oktober 2007 stelt de NZa op globaal niveau prestatiebeschrijvingen vast. Op deze manier wordt een goede prijsvergelijking mogelijk en wordt de marktwerking verder gestimuleerd. De invulling op het niveau van specifieke producten vindt plaats door de zorgaanbieder.
46. Per 1 september 2004 is de contracteerplicht voor extramurale AWBZ-zorg afgeschaft. Tot die tijd gold voor zorgkantoren een contracteerplicht voor alle vormen van AWBZ-zorg. Het zorgkantoor was verplicht met elke toegelaten instelling die daarom verzocht een overeenkomst te sluiten. Nu deze contracteerplicht is afgeschaft, hebben zorgkantoren de mogelijkheid om selectief te contracteren. Thuiszorgaanbieders moeten concurreren om een contract met het zorgkantoor. Het zorgkantoor kan met meerdere aanbieders een contract sluiten.
47. In haar 'Visiedocument AWBZ-zorgmarkten' heeft de NMa vastgesteld dat door de transitie in de AWBZ concurrentie tussen de AWBZ-zorgaanbieders mogelijk is sinds 1 januari 2004.¹⁷ In dat kader is vastgesteld dat zorgaanbieders een prikkel hebben om het aantal cliënten te vergroten en derhalve te concurreren om de cliënt. Tevens is vastgesteld dat de bedoeling van de wetgever bij de veranderingen van de wet- en regelgeving is, dat de AWBZ-zorgaanbieders het zorgaanbod beter op de vraag van de cliënt (zullen) gaan afstemmen.

Conclusie

48. Door de contracteerplicht op te heffen en door de invoering van de functiegerichte omschrijvingen van de aanspraken op thuiszorg, als gevolg waarvan meerdere aanbieders tot de markt kunnen toetreden, heeft de wetgever met de wetwijzigingen van 2003 en 2004 de marktwerking en concurrentie tussen aanbieders van thuiszorg mogelijk gemaakt.

¹⁵ Tweede Kamer, 2003, Modernisering AWBZ, 26 631, nr. 55.

¹⁶ Besluit zorgaanspraken AWBZ, 25 oktober 2002, Stb 2002, 527.

¹⁷ Visiedocument AWBZ-zorgmarkten, NMa, januari 2004.

3.2 De financiering van de thuiszorg

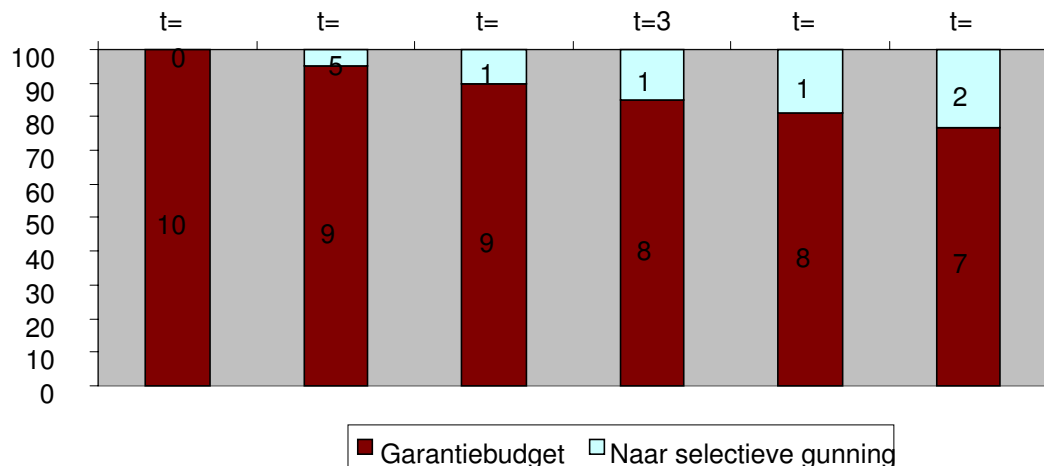
Inleiding

49. Een cliënt met een zorgvraag moet zijn zorgbehoefte ter beoordeling voorleggen aan het Centraal Indicatie Orgaan (hierna: CIZ). Het CIZ doet, in de zogenaamde 'indicatiestelling', een uitspraak over de benodigde zorg naar inhoud en omvang. De cliënt kan vervolgens kiezen uit enerzijds zorg 'in natura' waarvoor het zorgkantoor de inkoop doet of anderzijds een uitkering, het Persoonsgebonden Budget (hierna: PGB) genaamd, waarmee de cliënt zelf de benodigde zorg inkoop. Een aanbieder van AWBZ-thuiszorg heeft dus te maken met twee potentiële vragers: het zorgkantoor en de cliënt.
50. Een thuiszorginstelling is voor haar financiering voornamelijk afhankelijk van de budgetten die door het zorgkantoor ter beschikking worden gesteld. Het zorgkantoor kent twee van elkaar te onderscheiden budgetten, te weten het garantiebudget en de vrij besteedbare ruimte.

Garantiebudget

51. Het garantiebudget is dat deel van het totale budget dat door het zorgkantoor wordt gereserveerd voor een bepaalde thuiszorginstelling. De omvang van het garantiebudget is gebaseerd op een bepaald gedeelte van het door die thuiszorginstelling in het voorafgaande jaar behaalde productie. Pas op het moment dat de zorg daadwerkelijk is verleend, keert het Centraal Administratie Kantoor bijzondere zorgkosten (hierna: CAK), namens het zorgkantoor het garantiebudget uit. Zorgkantoor 't Gooi, het zorgkantoor waarmee de thuiszorginstellingen uit de onderhavige zaak te maken hadden, had het garantiebudget in 2007 bepaald op 95% van de productieafspraken 2006.
52. Omdat het garantiebudget pas wordt uitgekeerd nadat de zorg daadwerkelijk is geleverd, heeft de thuiszorginstelling er baat bij om binnen het garantiebudget zoveel mogelijk zorg te verlenen. Hierbij dient een thuiszorginstelling wel rekening te houden met een in het financieringssysteem ingebouwde rem op de hoeveelheid zorg die een thuiszorginstelling kan verlenen. Deze rem op de hoeveelheid zorg die een thuiszorginstelling kan verlenen, is het gevolg van het feit dat een thuiszorginstelling niet op voorhand de meer verleende thuiszorg gefinancierd krijgt. Lopende het jaar wordt het garantiebudget bekeken en kan het zorgkantoor besluiten het garantiebudget aan te passen. Het zorgkantoor krijgt iedere maand de productiecijfers van de thuiszorgaanbieders. In de zomer wordt dan voor de eerste keer via extrapolatie gekeken hoe zich de daadwerkelijke productie verhoudt tot het gereserveerde garantiebudget voor het desbetreffende jaar. Mocht dit duidelijk uit elkaar lopen, dan wordt over een bijstelling (ofwel 'herschikking') van het garantiebudget onderhandeld. Ieder zorgkantoor hanteert hierbij haar eigen criteria. De mogelijkheid om bij te stellen kan ook afhangen van de vraag of een zorgkantoor het budget van de zorgverzekeraar kan of wil gebruiken in andere regio's.

53. Een thuiszorgaanbieder die weinig geproduceerd heeft, kan dus een lagere productieafspraken krijgen en een aanbieder die goed presteert, (onder bepaalde voorwaarden en in beperkte mate) een hogere. Indien aanbieder en zorgkantoor het hierover eens worden, gaat dat relatief gemakkelijk. Als de aanbieder niet met de wijziging van de afspraak akkoord gaat, moet het zorgkantoor de eenzijdige wijziging van de productieafspraken aan de NZa ter goedkeuring voorleggen. De NZa keurt een wijziging niet altijd goed. In het najaar kan vervolgens nog een keer een bijstelling of 'herschikking' plaatsvinden. Het garantiebudget van het daarop volgende jaar is daarom vaak niet gebaseerd op de initiële productieafspraken, maar op het resultaat van één van de herschikkingen. Vaak is dat die van de zomer, omdat de garantiebudgetten voor het volgende jaar al worden vastgesteld voordat de gewijzigde productieafspraken van het najaar rond is.
54. De rem op de hoeveelheid zorg die een thuiszorginstelling kan verlenen, doet echter niet af aan het uitgangspunt dat een thuiszorginstelling er belang bij heeft om voldoende zorg te verlenen, zodat zij het garantiebudget ook volledig uitgekeerd krijgt door het CAK. Om de hoeveelheid zorg die bij de toekenning van het garantiebudget is afgesproken ook daadwerkelijk te kunnen verlenen, is een thuiszorginstelling allereerst en voornamelijk gebaat bij behoud van het volume van haar cliëntenbestand.
55. Een thuiszorginstelling heeft er niet alleen belang bij om een zo hoog mogelijke productie te hebben wat betreft het garantiebudget van het lopende jaar. Om te voorkomen dat het garantiebudget ieder jaar lager en daardoor in het vijfde jaar wordt vastgesteld op 77% van de productie, dient de thuiszorginstelling in de eerste plaats ieder jaar haar productie op het niveau van het voorafgaande jaar te houden, maar daarnaast dient de thuiszorginstelling ervoor te zorgen dat het resterende deel van haar productie ook geheel wordt vergoed. Voor het na het garantiebudget resterende deel stelt het zorgkantoor een tweede soort budget ter beschikking, 'het vrij besteedbare volume'.
56. Het potentiële verlies aan productievolume is in onderstaande figuur geïllustreerd (uitgaande van een garantiebudget van 95% zoals gehanteerd door zorgkantoor 't Gooi):



Vrij besteedbare volume

57. Het 'vrij besteedbare volume' is dat gedeelte van het totale budget van een zorgkantoor dat niet door middel van garantiebudgetten wordt toegekend. De hoogte van het garantiebudget heeft daarmee gevolgen voor het 'vrij besteedbare volume' van het zorgkantoor. Hoe groter het garantiebudget is, hoe kleiner het 'vrij besteedbare volume' van een zorgkantoor is. Hoe kleiner het 'vrij besteedbare volume' is, hoe kleiner het budget is waarover door de thuiszorginstellingen onderling moet worden geconcurrereerd om een contract met het zorgkantoor te krijgen. Het resterende 'vrij besteedbare volume' wordt na aanbesteding op basis van vooraf vastgestelde prijs- en kwaliteitscriteria verdeeld over de meest geschikte aanbieders, waarbij zowel bestaande aanbieders als ook toetreders mee kunnen dingen (de zogenaamde selectieve gunning).
58. Een thuiszorginstelling heeft er dus belang bij om via het 'vrij besteedbare volume' de in het voorbeeld resterende 5% van de door haar te verlenen zorg te financieren om haar bestaande productiecapaciteit in stand te houden.
59. In het ECFi rapport wordt het volgende opgemerkt: *'wanneer de reeds gecontracteerde thuiszorgaanbieders er jaarlijks in slagen om via selectieve gunning tot 100% aan te vullen, dan ontstaat er een status quo. Afhankelijk van de regionale groei ruimte veranderen historisch gegroeide marktaandeelen in dat geval niet of nauwelijks.'*

Tussenconclusie

60. Een thuiszorginstelling heeft er baat bij de omvang van haar cliëntenbestand te handhaven en de verleende thuiszorg voor de volle 100% gefinancierd te krijgen door middel van het garantiebudget en het 'vrij besteedbare volume'. Indien een thuiszorginstelling haar cliëntenbestand wenst te behouden, zal zij moeten concurreren om de gunst van de cliënt zowel als om de gunst van het zorgkantoor. Het financieringssysteem stimuleert op deze wijze de concurrentie.

3.3 De rol van het zorgkantoor

61. Voor het financieren van de AWBZ-zorg heeft het zorgkantoor¹⁸ voor haar regio de beschikking over een bepaald budget, de regionale contracteerruimte.¹⁹ Deze contracteerruimte vormt de bovengrens van de productieafspraken die het zorgkantoor in totaal met zorgaanbieders mag maken.

¹⁸ Een zorgkantoor is een voor vier jaar door het ministerie van VWS aangewezen zorgverzekeraar die optreedt als vertegenwoordiger van de zorgverzekeraars in zijn regio.

¹⁹ Deze regionale contracteerruimte is ingevoerd om ervoor te zorgen dat de totale uitgaven voor AWBZ-zorg binnen het gestelde macrokader blijven, zie het 'Convenant zorgkantoren 2006-2008', gesloten tussen het Ministerie van VWS, ZN en CVZ, Staatscourant 3 april 2006, nr. 66 / p. 17.

62. Voor thuiszorg stelt de NZa door middel van een beleidsregel voor iedere prestatiebeschrijving een maximumtarief vast. Dat betekent dat thuiszorgaanbieders in hun prijsstelling naar het zorgkantoor toe vrij zijn, zolang de prijs niet hoger ligt dan deze bovengrens. In de praktijk blijkt dat zorgkantoren in de thuiszorg in 2006 een gemiddelde korting op het maximumtarief bedongen tussen 0,5% en 2,9%, afhankelijk van de prestatiebeschrijving.²⁰
63. Sinds de hierboven beschreven transitie in de AWBZ zijn zorgkantoren overgegaan tot een meer selectieve inkoopprocedure. Zij proberen met hun contracteer- en inkoopbeleid de concurrentie tussen de aanbieders te stimuleren. Thuiszorgaanbieders moeten daarom onder andere concurreren om een contract (en het gewenste budget) met het zorgkantoor. Om meer kans te maken op het gewenste budget zullen thuiszorgaanbieders zich in positieve zin moeten onderscheiden op het gebied van samenstelling, vorm, prijs en kwaliteit van hun aanbod.²¹

Het inkoopbeleid van het zorgkantoor 't Gooi

64. Het zorgkantoor 't Gooi gunde in 2007 aan bestaande aanbieders een garantiebudget ter hoogte van 95% van de productieafspraken 2006.²² Hierbij gold dat er correctie plaatsvond bij kas/jaarbasisproblematiek²³ en in verband met de verschuiving van productie naar de gemeenten in verband met de WMO. Tevens gold een correctie bij zorgaanbieders met een onderproductie van meer dan 5% (extrapolatie van cijfers januari tot en met september) die geweigerd hadden te verschaffen, terwijl dit redelijkerwijs wel van hen verwacht kon worden. In dat geval werd bij de vaststelling van het budget 2006 uitgegaan van 95% van de geaccordeerde realisatie. Nieuwe zorgaanbieders, die een hoge score behalen op de gunningcriteria met weging krijgen geen garantiebudget, maar komen voor een deel van het vrij besteedbaar volume in aanmerking. De gunningcriteria hebben betrekking op kwaliteit en doelmatigheid/betaalbaarheid.²⁴
65. In 2008 bedraagt het garantiebudget 90% van de productieafspraken 2007 voor zorgaanbieders die bij de aanbesteding 2007 bij de beste aanbieders hoorden wat betreft de scores op kwaliteit en doelmatigheid.²⁵ Overige aanbieders krijgen een garantiebudget van 88% van de gerealiseerde productie in 2007.²⁶

²⁰ Documentnummer 5851/ 135: ECFI-rapport, november 2007, p. 20.

²¹ Zie voetnoot 20, 15-16 en 42.

²² Documentnummer 5851/ 136: Inkoopprocedure Agis Zorgkantoren AWBZ 2007, 9 oktober 2006.

²³ Instellingen die pas halverwege het jaar productieafspraken hebben gemaakt.

²⁴ Zie Inkoopprocedure Agis Zorgkantoren AWBZ 2007, p. 2 en Zorginkoopprocedure Agis Zorgkantoren AWBZ 2008, p. 17-19.

²⁵ Zogenaamde "Kwadrant 1-zorgaanbieders". De eindscores van alle offertes resulteren in een indeling in vier kwadranten.

De plaatsing in een kwadrant is bepalend voor de onderhandeling met het zorgkantoor en het al of niet in aanmerking komen voor groei ruimte vanuit het ministerie van VWS.

²⁶ Tot het maximum van de productieafspraken per 15 oktober 2007.

66. Het zorgkantoor houdt het productieverloop gedurende het jaar bij. Vier keer per jaar kunnen er aanvullende productieafspraken gemaakt worden, waarbij zowel op over- als op onderproductie kan worden ingespeeld. Het zorgkantoor houdt hierbij rekening met de cliëntkeuze en honoreert naar aanleiding daarvan de over- of onderschrijding van productieafspraken. De keuze van de cliënt is uiteindelijk mede bepalend voor het volume dat een thuiszorgaanbieder aan zorg kan leveren. De vrij besteedbare ruimte wordt verdeeld aan de hand van prijs/kwaliteit verhouding.

Tussenconclusie

67. Het zorgkantoor heeft de mogelijkheid sturing te geven aan kwaliteit, prijs en volume en ook aan de mogelijkheid tot concurrentie; het kan de concurrentie stimuleren dan wel ontmoedigen. Hoewel zorgkantoor 't Gooi voor de al in de regio gevestigde en werkzame thuiszorginstellingen in 2007 een garantiebudget had vastgesteld op 95%, betekent dit niet dat daarmee de concurrentie om de cliënt voor dat deel was uitgeschakeld.

3.4 De WMO

68. Huishoudelijke verzorging thuis is sinds 1 januari 2007 overgeheveld van de AWBZ naar de WMO. Sinds 1 januari 2007 zijn de gemeenten in plaats van de zorgkantoren verantwoordelijk voor de inkoop van huishoudelijke verzorging thuis. De negen gemeenten in de zorgkantoorregio 't Gooi hebben de uitvoering van de huishoudelijke verzorging thuis gezamenlijk Europees aanbesteed.²⁷
69. Net als bij de AWBZ-thuiszorg kunnen cliënten ook bij de WMO-thuiszorg een PGB aanvragen en daardoor zelf als inkoper en financier optreden. Dat betekent dat een cliënt ook voor een thuiszorgaanbieder zou kunnen kiezen die niet aan de WMO-aanbestedingen heeft meegedaan, dan wel op basis van de aanbesteding geen contract met de gemeente gegund heeft gekregen. Aanbieders van huishoudelijke verzorging thuis moeten onderling concurreren: in de eerste plaats om een contract met de gemeente en vervolgens ook om de individuele klant.

3.5 De wijze waarop concurrentie mogelijk is

Inleiding

70. Alvorens na te gaan of de thuiszorginstellingen op enigerlei wijze de onderlinge concurrentie hebben beperkt, is het goed om nader te bekijken op welke wijze thuiszorginstellingen met elkaar kunnen concurreren en wedijveren om de gunst van de cliënt respectievelijk het zorgkantoor. Een thuiszorginstelling heeft de mogelijkheid om op een aantal aspecten van de thuiszorg te concurreren met andere thuiszorginstellingen.

²⁷ Dit zijn de gemeenten Blaricum, Hilversum, Huizen, Muiden, Naarden, Weesp, Wijdemeren, Bussum en Laren, zie documentnummer 5851/148.

Vrijheid ten aanzien van de kwaliteit

71. Iedere zorgaanbieder dient te voldoen aan de in de Kwaliteitswet zorginstellingen (hierna: Kwaliteitswet) omschreven kwaliteitseisen. De zorgaanbieder biedt verantwoorde zorg aan. Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van een goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt (artikel 2 Kwaliteitswet). De zorgaanbieder organiseert de zorgverlening op zodanige wijze, voorziet de instelling zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personeel en materiaal en draagt zorg voor een zodanige verantwoordelijkheidstoetsing, dat een en ander leidt of redelijkerwijs moet leiden tot verantwoorde zorg. Hierbij betreft hij de resultaten van overleg tussen zorgaanbieders, zorgverzekeraars en patiënten/ cliëntenorganisaties (artikel 3 Kwaliteitswet).
72. Aanbieders moeten de algemene eisen die de wet stelt, zelf nader uitwerken en invullen, zodat eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt vormt. De Kwaliteitswet specificeert louter de minimumkwaliteitseisen waaraan aanbieders moeten voldoen. Zo biedt deze wet hen de volledige vrijheid om te komen tot extra inspanningen op het gebied van kwaliteit. De wet biedt derhalve de mogelijkheid aan de thuiszorginstellingen om bijvoorbeeld door middel van het concept van wijkgerichte zorg de thuiszorg te verlenen.

Vrijheid ten aanzien van het aanbod

73. De aanspraak op thuiszorg is door middel van prestatiebeschrijvingen vastgelegd door de NZa. Ook de indicatiestelling, de toelating en de tariefstelling vindt plaats naar functies. De bekostiging sluit hierop aan: *‘Invoering van een AWBZ-brede functiegerichte bekostiging, die recht doet aan de gewenste dynamiek en flexibiliteit in de zorg en waarbij de schotten tussen de onderscheiden sectoren vervallen, ondersteunt deze omslag. Partijen krijgen maximale ruimte om afspraken te maken over prijzen en producten die nodig zijn om in de zorgbehoefte van cliënten te voorzien.’*²⁸
74. De functiegerichte benadering maakt het voor thuiszorgaanbieders ten aanzien van de samenstelling van hun aanbod mogelijk om ervoor te kiezen zich te richten op één of enkele functies.²⁹

Vrijheid ten aanzien van het werkgebied

75. Een thuiszorginstelling heeft de vrijheid om in de regio waar zij gevestigd is, haar werkgebied uit te breiden en zelf te bepalen waar zij nog nieuwe vestigingen wil openen. Zij kan ook besluiten dat zij zich tevens wil vestigen in de regio van een ander zorgkantoor, zij het dat zij in dat geval wel een aantal drempels moet overwinnen. Zo noemt zorgkantoor Agis in de bijlage bij zijn Zorginkoopprocedure 2008 enkele geschiktheidseisen, waaronder de eis dat

²⁸ Brief van de staatssecretaris van VWS van 29 augustus 2003, Modernisering AWBZ, TK 2002-2003, 26 631, nr. 55, p. 4.

²⁹ ‘Signalement toelating instellingen AWBZ’, College voor Zorgverzekeringen, Diemen, 2004.

de hoofdlocatie van de thuiszorginstelling gevestigd is in de regio van het zorgkantoor waarmee de overeenkomst wordt aangegaan.³⁰

Vrijheid ten aanzien van de prijs

76. Voor iedere prestatiebeschrijving is er een maximumtarief. Het staat zorgaanbieders vrij om een lager dan het geldende maximumtarief in rekening te brengen.

Conclusie

77. Een thuiszorginstelling concurreert zowel om een contract met het zorgkantoor als om de cliënt en kan die concurrentie zowel ten opzichte van het zorgkantoor als ten opzichte van de cliënt voeren op kwaliteit, aanbod en werkgebied. Ten opzichte van het zorgkantoor kan de thuiszorginstelling bovendien nog concurreren op de prijs.

4 FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

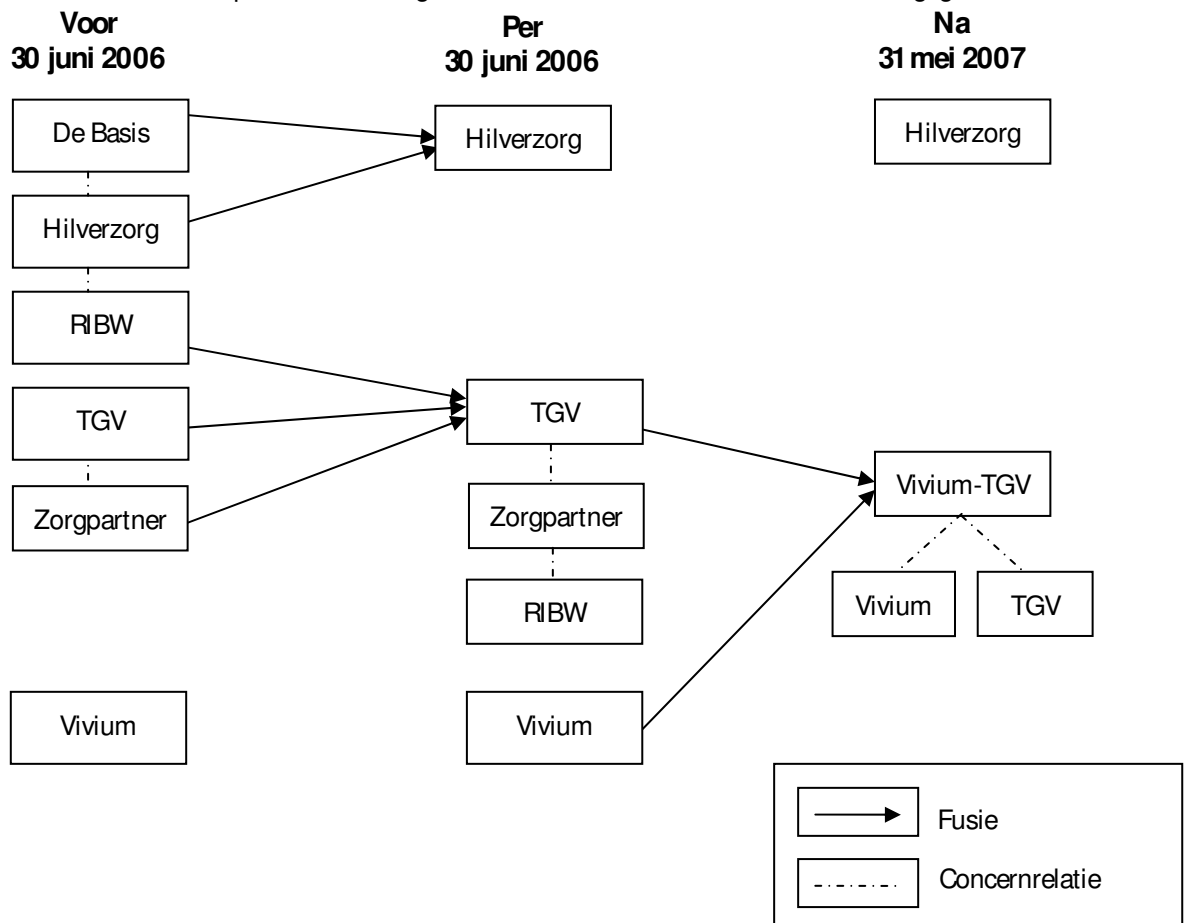
78. Hieronder worden de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vermeld die de Raad op basis van het rapport, het dossier en de zienswijzen van de betrokken ondernemingen vaststelt en die de basis vormen voor de juridische beoordeling van dit besluit.

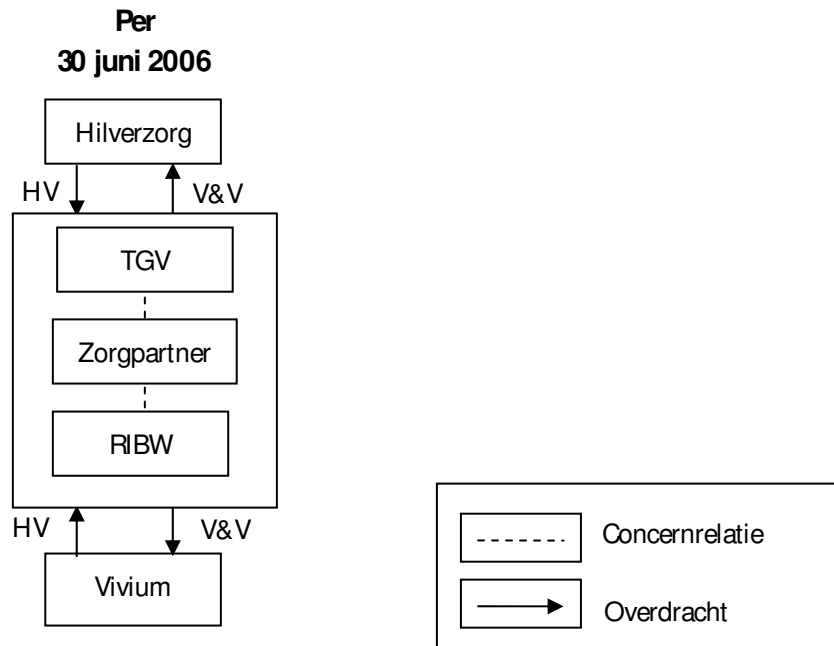
4.1 De betrokken ondernemingen

79. Stichting Hilverzorg is een stichting naar Nederlands recht die statutair gevestigd is in Hilversum. Hilverzorg verleent diensten op het gebied van verzorgingshuiszorg, verpleeghuiszorg, thuiszorg en geestelijke gezondheidszorg, maatschappelijk werk, alsmede een aantal aanpalende activiteiten. Alle intramurale instellingen van Hilverzorg zijn gevestigd in de gemeente Hilversum. De kernactiviteit van Hilverzorg is het leveren van intramurale AWBZ-zorg; daarnaast leverde zij in de directe nabijheid van die intramurale locaties van oudsher op beperkte schaal extramurale AWBZ-zorg. Sinds 30 juni 2006 heeft Hilverzorg een deel van de verzorgings- en verplegingsteams in haar traditionele werkgebied van TGV overgenomen en is zij op grotere schaal actief op het gebied van extramurale AWBZ-zorg.
80. Op 30 juni 2006 zijn de rechtspersonen Stichting Hilverzorg en Stichting De Basis gefuseerd, waarbij Hilverzorg de verkrijgende rechtspersoon was en De Basis de verdwijnende rechtspersoon.
81. Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Centrum voor Regionale Dienstverlening is een stichting naar Nederlands recht die statutair gevestigd is in Huizen. TGV verleent diensten op het gebied van thuiszorg en extramurale AWBZ-zorg voor psychiatrische patiënten en gehandicapten (kinderen), alsmede een aantal aanpalende activiteiten. Op 30 juni 2006 heeft zij haar verzorgings- en verplegings teams overgedragen, deels aan Vivium en deels aan Hilverzorg.

³⁰ Zorginkoopprocedure Agis Zorgkantoren AWBZ 2008, bijlage 3.

82. TGV heeft een dochterstichting genaamd Zorgpartner, die op 30 juni 2006 de zeggenschap heeft verkregen over stichting Regionale Instelling voor Beschermd Wonen (hierna: RIBW). Vóór 30 juni 2006 was de stichting RIBW een onderdeel van Stichting Hilverzorg, een van de andere betrokken ondernemingen die onafhankelijk is van TGV.
83. Op 31 mei 2007 is TGV bestuurlijk gefuseerd met Vivium door de oprichting van de Stichting Vivium-TGV, die het bestuur over TGV en Vivium uitoefent. Stichting Vivium-TGV voert zelfstandig geen activiteiten uit.
84. Stichting Vivium Zorggroep is een stichting naar Nederlands recht die statutair gevestigd is in Naarden. Vivium verleent diensten op het gebied van verzorgingshuishoudzorg, verpleeghuishoudzorg en thuiszorg, alsmede een aantal aanpalende activiteiten. De hoofdactiviteiten van Vivium betreffen het leveren van intramurale AWBZ-zorg. Vivium leverde van oudsher op beperkte schaal extramurale zorg in de directe omgeving van haar intramurale locaties.
Op 30 juni 2006 heeft Vivium een deel van de teams voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis in haar traditionele werkgebied van TGV overgenomen en is zij op grotere schaal actief geworden op het gebied van de extramurale AWBZ-zorg.
85. In onderstaande figuur zijn de betrokken ondernemingen en de met deze ondernemingen verbonden rechtspersonen, zoals genoemd in dit hoofdstuk, schematisch weergegeven.





4.2 De activiteiten van de betrokken ondernemingen

86. De betrokken ondernemingen zijn alle actief op het gebied van het verlenen van thuiszorg. Thuiszorg is een vorm van extramurale zorg waarbij de cliënt thuis woont en ook thuis zorg ontvangt. Thuiszorg omvat de volgende functies: persoonlijke verzorging en verpleging thuis (hierna ook: V&V) en huishoudelijke verzorging thuis (hierna ook: HV). Voorbeelden van persoonlijke verzorging thuis zijn helpen met douchen en aankleden en hulp bij eten en drinken. Voorbeelden van verpleging thuis zijn wondverzorging, het toedienen van medicijnen en het geven van injecties. Voorbeelden van huishoudelijke verzorging thuis zijn opruimen, schoonmaken, het verzorgen van planten en het klaarmaken van maaltijden.

4.3 Voorgeschiedenis

87. Om de tussen de betrokken ondernemingen gemaakte afspraken op een juiste manier te kunnen duiden is het van belang de voorgeschiedenis te kennen. Om deze reden wordt hieronder eerst ingegaan op de voorgeschiedenis die al in 2002 en derhalve al ruim vóór het tot stand brengen van de betrokken afspraken, een aanvang nam. Vervolgens worden de afspraken tussen de betrokken ondernemingen en de toelichting die zij daar zelf aan gegeven hebben, beschreven. Ten slotte wordt stil gestaan bij de gang van zaken na het tot stand komen van de betrokken afspraken.
88. Naar aanleiding van de voorziene invoering van marktwerking in de AWBZ in 2003 (de functiegerichte benadering) hebben de betrokken ondernemingen met elkaar overleg gevoerd. Daarbij is gesproken over manieren waarop zij met elkaar tot een nauwe samenwerking zouden kunnen komen. Toen een fusie tussen alle betrokken ondernemingen

bij de NMa op problemen leek te gaan stuiten, hebben de betrokken ondernemingen nagedacht over een 'tweesporenbeleid', waarbij parallel aan de vergunningsprocedure bij de NMa doorgewerkt zou worden aan het realiseren van een alternatieve vorm van samenwerking die grotendeels, en qua resultaat zelfs geheel, overeen zou komen met de voorgenomen fusie. In dat kader is op 30 juni 2006 de "Samenwerkingsovereenkomst" tot stand gekomen (die hierna in paragraaf 4.4 aan de orde komt).

89. Uit een memo van de heer [vertrouwelijk], voorzitter van de Raad van Bestuur van Hilverzorg, aan de Raden van Bestuur van Vivium en TGV van juli 2002 blijkt dat de betrokken ondernemingen vinden dat onderzoek gedaan moet worden naar de mogelijkheden om samen te werken:³¹

'In het licht van deze ontwikkelingen hebben de besturen van zorggroep Vivium, de TGV en Hilverzorg gesproken over de wenselijke verhouding van de organisaties tot elkaar. De bestuurders komen tot de conclusie dat:

Werkgebieden van de verpleeg/ verzorgingshuisorganisaties en de thuiszorg steeds meer overlap krijgen en dat dat vanuit de visie op zorg- en dienstverlening ook gewenst is;

Er daarmee grijze gebieden ontstaan waar mogelijk tussen de medewerkers van de organisatie competitiegedrag zal ontstaan.

Dit gedrag niet productief is en de noodzakelijke vernieuwing zal belemmeren.

De bestuurders hebben uitgesproken op basis van deze conclusie dat concurrentie tussen deze organisaties nadrukkelijk niet de voorkeur heeft en dat voor een vorm van samenwerking, die de genoemde negatieve effecten kan voorkomen, dient te worden gekozen.

De bestuurders hebben behoefte aan inzicht in de mogelijkheden van niet-vrijblijvende samenwerking in subregionaal verband, die op de Gooische situatie van toepassing zijn. Daartoe willen zij een onderzoek laten uitvoeren.'

90. Op 14 november 2002 verschijnt een voortgangsdokument over de samenwerking, opgesteld door GITP Adviesgroep Gezondheidszorg, waarin staat dat de besturen van Vivium, Hilverzorg en TGV het volgende hebben overwogen:³²

'De besturen van Vivium Zorggroep, Thuiszorg Gooi en Vechtstreek en Hilverzorg hebben zich in de afgelopen periode gebogen over de wenselijkheden en mogelijkheden van intensivering van de onderlinge samenwerking. In dit kader zijn gesprekken gevoerd met de GITP Adviesgroep Gezondheidszorg. Op 3 november jongstleden zijn de partijen het er over eens geraakt dat er aanleiding bestaat voor nadere ontwikkeling van de samenwerking en hebben zij hun ambities daarbij besproken. (...) De organisaties zien belangrijke inhoudelijke strategische en organisatorische voordelen in een intensivering van de samenwerking. (...)

Allen zijn het er over eens dat concurrentie organisaties en hun aanbod weliswaar scherp kan houden, maar dat een concurrentiescenario uiteindelijk een nadelig effect op de zorg zal hebben.

³¹ Documentnummer 58510233512027.

³² Documentnummer 58510213513190.

A priori wordt de afspraak gemaakt dat de partijen zich vanaf (datum) niet in concurrerende activiteiten zullen begeven, noch in termen van bedrijfsactiviteiten noch in termen van de arbeidsmarkt. Een samenwerkingsverband op weg naar integrale zorg ligt in de rede en er is veel van te verwachten in termen van kwaliteit van zorg. Dit samenwerkingsverband dient niet vrijblijvend te zijn en onomkeerbaar: eenmaal gestart zullen de partijen gezamenlijk als een partij de kwesties aanvatten die zich zullen voordoen.'

91. In het 'kerndocument' genaamd 'Samenwerking Vivium Zorggroep, Thuiszorg Gooi en Vechtstreek en De Basis/ Hilverzorg' van december 2002 wordt het voortgangsdocument van GTIP omschreven. Het kerndocument is door de betrokken ondernemingen gezamenlijk opgesteld en is het resultaat van besprekingen tussen de betrokken ondernemingen over de nadere ontwikkeling van de samenwerking en gaat in op motieven en perspectieven³³. Hoofdstuk 2 van dit document heet: 'Als samenwerking niet tot stand komt ontstaat het risico van onwenselijke concurrentie'. Hierin wordt onder meer het volgende gezegd:³⁴

'Intensivering van de samenwerking is een logisch antwoord op de nieuwe wetgeving. Per 1 januari komt de dienstverlening in de zorg vrij. Dat wil zeggen dat het verlenen van thuiszorg niet langer aan vergunningen gebonden is: ook intramurale instellingen kunnen deze zorg gaan leveren in de intramurale setting. Dit gegeven, in combinatie met de wens om integrale zorg te kunnen bieden vanuit een visie en een regie, maakt dat te verwachten is dat instellingen van die mogelijkheid gebruik gaan maken tenzij er zinvolle alternatieven zijn. Het gaat immers niet om de vraag of er integrale zorg geleverd gaat worden, maar om de vraag wie dat zullen gaan doen. Voor de thuiszorg kan dit een bedreiging vormen, maar ook voor intramurale instellingen is het geen pad zonder risico's. De intramurale en extramurale zorg verschillen in kernactiviteit en bedrijfsvoering. De thuiszorg kent een zwaar accent op het management van het logistieke proces en heeft al geruime tijd ervaring met outputfinanciering. Een intramurale instelling die de thuiszorg ter hand neemt kan er op termijn achter komen dat het moeilijk is om dit met vergelijkbare kwaliteit, effectiviteit en efficiency te realiseren als de huidige aanbieders. Tegen de tijd dat zoiets duidelijk wordt zal de bestaande thuiszorg echter flinke schade hebben ondervonden (zie de ervaring in het verleden met verzekeraars) en heeft de intramurale instelling fors moeten investeren in logistiek en ICT die bij de thuiszorg reeds voorhanden is. De betrokken partijen vinden dit een onwenselijk scenario en geven de voorkeur aan een vorm van samenwerking die op een positieve wijze een beroep doet op de door de organisaties ontwikkelde competenties. De organisaties stellen zich op het standpunt dat de kwaliteit van zorg meer gebaat is bij goede samenwerking dan bij concurrentie'.

92. Ook wordt in het kerndocument de term 'niet-aanvalsverdrag' gebruikt. In hoofdstuk 6 'Vertrouwensbasis', staat:³⁵

³³ Documentnummer 58510213513190.

³⁴ Documentnummer 58510213513228.

³⁵ Documentnummer 58510233511890.

'De samenwerking heeft een pro-actief en ambitieus karakter; het is ruim meer dan een 'niet-aanvalsverdrag'. Het pad zal de nodige voetangels en klemmen kennen. Een stevige vertrouwensbasis en een goed akkoord vormen een conditio sine qua non. Zijn die niet in voldoende mate aanwezig, dan zullen de organisaties onvermijdelijk terugkeren naar de uitgangssituatie en ontstaat alsnog een onwenselijk en onproductief concurrentiemodel.'

93. In maart 2003 heeft een besturenoverleg bij Vivium plaatsgevonden, waarbij een presentatie is gegeven aan het bestuur van de betrokken ondernemingen en is gesproken over het kerndocument.³⁶ Ook hier wordt gesproken over het 'risico van concurrentie':

'Geen samenwerking, dan risico concurrentie. Met betrekking tot de overige zorgaanbieders in de regio dient de verhouding te worden bepaald. Ook hier gaat de voorkeur in principe uit naar samenwerking in plaats van concurrentie.'

94. In april 2003 hebben de betrokken ondernemingen een intentieovereenkomst tot intensivering van de samenwerking getekend, waarin hun intentie wordt weergegeven en waarin zij overeenkomen dat onderzoek wordt gedaan naar de mogelijkheden van niet-vrijblijvende samenwerking:³⁷

'De Raden van Toezicht respectievelijk de Raden van Bestuur van:

- Stichting De Basis/Hilverzorg*
- Stichting TGV*
- Stichting Vivium zorggroep*

Spreken de intentie uit:

- De bestaande samenwerking (onder meer op bovengenoemde terreinen) te willen intensiveren teneinde elkaars expertise te kunnen benutten bij het gezamenlijk en onder één regie realiseren van vraaggerichte woon/zorgarrangementen.*
- Een duurzame niet-vrijblijvende samenwerking te willen realiseren, gebaseerd op hierboven geschetste overwegingen.*
- Het gezamenlijk te willen aanbieden van zorg en dienstverlening op een voor diënten en medewerkers herkenbare geografische/organisatorische schaal.'*

95. Een onderdeel van de voorgenomen samenwerking is tevens het tegelijkertijd creëren van Integrale Zorg Rayons (IZR's).³⁸ Dit concept is later vervangen door 'woondienstzones' of 'zorgregio's'. Ook dit zijn geografische verbanden tussen verschillende zorgdiensten.³⁹ In een verslag van het besturenoverleg van juli 2003 bij Vivium Zorggroep staat hierover:⁴⁰

³⁶ Documentnummer 58510233511982.

³⁷ Documentnummer 58510213512195.

³⁸ Dit zijn geografische eenheden waarbinnen onder een regie een integraal pakket van zorg en dienstverlening wordt aangeboden.

³⁹ Zie de verklaring van de heer [vertrouwelijk], 5851/24, p. 17.

⁴⁰ Documentnummer 58510253511070.

'(..) ondertussen zal door de bestuurders voor Gooi-noord [vertrouwelijk] en voor Gooi-Zuid [vertrouwelijk] een voorstel worden gemaakt voor een eerste indeling van de regio in IZR's en in woonzorgzones'

Met FV en HK wordt waarschijnlijk bedoeld de heren [V] en [K], bestuurders van respectievelijk Vivium en TGV, met TM wordt waarschijnlijk bedoeld de heer [M], bestuurder van De Basis/Hilverzorg.

96. Dat er soms wat aarzelingen bestonden en dat men zich realiseerde ook rekening te moeten houden met de bepalingen van de Mededingingswet blijkt bijvoorbeeld uit de besluitenlijst die is ingebracht bij het besturenoverleg bij TGV in juni 2003. Hierin wordt onder punt 9, onder het kopje 'Zorgkantoor Zk', het volgende geschreven:⁴¹

'De afspraak is dat de RO met het Zk wordt besproken in oktober. Mogelijk verkrijgt de voorgenomen samenwerking toch te veel het karakter van een machtsmonopolie. Wanneer in deze zin lopende 2004 blijkt dat de voornemens absoluut onhaalbaar zijn, dan dienen de drie organisaties bereid te zijn terug te keren naar het vertrekpunt en de strategie te herijken. Mogelijkheden als het opheffen van het monopolie door bijvoorbeeld een splitsing naar Gooi-Noord en Gooi-Zuid zijn dan aan de orde. Geanticipeerd dient te worden op de zeggingskracht van de landelijk uitgesproken uitgangspunten van voldoende mate van concurrentie tussen zorgaanbieders en keuzevrijheid voor de klant. NB deze vertrouwelijke constatering zal vooralsnog niet worden beschreven in de RO.'

97. Ook uit een mail van oktober 2003 aan de heer [vertrouwelijk] van De Basis, gevonden bij Vivium, blijkt dat de Raad van toezicht (van De Basis) destijds kanttekeningen had bij deze vorm van samenwerking:⁴²

'Bijgaand een tekst die je wellicht kunt gebruiken bij jouw communicatie naar Vivium en Thuiszorg en voor het verslag RvT van 23 oktober j.l.

(..)

Los van bovenstaande hoofdlijn heeft de RvT de volgende kanttekeningen geplaatst:

- de bestuurlijke structuur nu reeds dichttimmeren lijkt een teken van onmacht*
- de argumentatie van maatschappelijk ondernemen staat op gespannen voet met het beoogde Gooische zorgkartel*
- angst voor concurrentie is een slechte raadgever.'*

98. De plannen om te gaan samenwerken gaan echter door. Om de bestuurlijke fusie voor te bereiden, hebben de betrokken ondernemingen op 1 januari 2004 Stichting TBV

⁴¹ Documentnummer 58510253511076.

⁴² Documentnummer 58510233512071.

De Samenwerking opgericht. Hiertoe is een beslisdocument opgesteld, dat de basis vormde voor de melding van de voorgenomen concentratie tot 'Stichting Zorgpartners'.⁴³

99. TBV inventariseert scenario's, waarbij voorondersteld wordt dat de NMa de fusie van Zorgpartners verbiedt.⁴⁴

'Vooronderstelling: NMa verbiedt de fusie zorgpartners

Waar moet een scenario aan voldoen:

- 1. Realiseren van de WdZ-en in de regio Gooi en Vechtstreek*
- 2. Borgen van de regionaal georganiseerde dienstverlening*
- 3. Realiseren van onderhandelingsmacht naar locale (gemeenten) en landelijke (verzekeraars) contractpartijen*

Versterking onderhandelingsmacht

- 1. Fusie door De basis met andere regio's in zuidelijke richting*
- 2. Fusie door Vivium met andere regio's in noordelijke richting*
- 3. Fusie door TGV/CRD (Centrum Regionale Dienstverlening, toegevoegd) met andere regio's in oostelijke richting.'*

100. In september 2004 wordt door de voorzitter van TGV, de heer [vertrouwelijk] een tussentijdse impressie gegeven over het TBV werkverband en het voordeel van de IZR's, waarbij gesproken wordt over het versterken van de machtspositie.⁴⁵

'Meerwaarde van het werkverband voor de IZR

Het werkverband dient waarden toe te voegen aan de IZR resulterend in:

(..)

- het versterken van machtspositie in het IZR gebied*
- het versterken van de onderhandelingspositie naar gemeenten/zorgkantoor.'*

101. In januari 2005 is er een eerste concept van het visiedocument 'Zorg in 't Gooi, een uitgewerkte visie als opmaat tot fusie' opgesteld, waarin wordt uitgelegd wat is vooraf gegaan aan de samenwerking.⁴⁶

'De drie partners TGV, De Basis en Vivium kennen een lange historie van samenwerking. Op 17 april 2003 hebben zij een intentieverklaring getekend tot intensivering van de samenwerking. Met de samenwerking willen zij komen tot integrale zorg en dienstverlening. Bij het vraaggericht en doelmatig aanbieden van de zorg- en dienstverlening wordt uitgegaan van Integrale zorg rayons. Dit zijn geografische eenheden waarbinnen onder een regie een integraal pakket van zorg en dienstverlening wordt aangeboden. Ten behoeve van de ontwikkeling van de

⁴³ Beslisdocument Stichting Zorgpartners, samenhang in zorg en dienstverlening in de Gooi en Vechtstreek, Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, De Basis en Vivium Zorggroep', definitief vastgesteld op 14 maart 2005.

⁴⁴ Documentnummer 58510233511090.

⁴⁵ Documentnummer 58510253511429.

⁴⁶ Documentnummer 58510213513457.

IZR's is sprake van een samenwerkingsverband. Per 1 januari 2004 is een joint venture opgericht. Deze heeft tot taak om te komen tot een nieuwe juridische constructie waarbinnen de IZR's als zelfstandige rechtspersonen werkmaatschappijen vormen.

De raden van toezicht hebben in december een principebesluit genomen waarbij men akkoord gaat met de voorgestelde verdergaande samenwerking tussen de drie organisaties (...) hoewel er geen consensus is ten aanzien van de bestuurlijke inrichting na de transitiefase (dus ultimo 2007) liggen er op dit punt geen voorwaarden vooraf. De dan zittende Raad van Bestuur/Raad van toezicht beslist op dat moment naar aanleiding van een evaluatie over de inrichting van de bestuurlijke organisatie.'

102. Op 29 juli 2005 melden De Basis/Hilverzorg, Vivium en TGV hun voorgenomen concentratie bij de NMa. Uit vertrouwelijke aantekeningen van het projectbestuur, gevonden bij Hilverzorg, van oktober 2005 blijkt dat de betrokken ondernemingen verwachten dat de NMa van oordeel zal zijn dat voor de voorgenomen concentratie een vergunning nodig zal zijn en dat men zich afvraagt hoe het doel van het creëren van centrale sturingsmacht toch bereikt kan worden.

103. In de genoemde aantekeningen van het projectbestuur staat onder meer:⁴⁷

'[vertrouwelijk] (de heer [vertrouwelijk], toegevoegd): ook met voorzitter gesproken. Kwamen ook tot de conclusie om vergunningsfase strategisch voorbij te laten gaan. [vertrouwelijk] (de heer [vertrouwelijk], toegevoegd): Hij schat in dat de vergunningskans nul is. Consequentie zou zijn dat delen van organisaties moeten worden afgestoten om 1 organisatie te kunnen vormen. Geen reële optie. Precedent van NMa: dit soort regionale concentratie met een dergelijke omvang is vanaf nu uitgesloten.. twee dingen staan ons te doen in de komende dagen: scenario's voor de RvT's om denkbeelden over alternatieven te laten zien, onderscheiden 1: hoe gaan we op korte termijn verder, we missen ruggesteun die per 1-1 zou ingaan, 1: vaststellen hoe het eindplaatje zou worden. Beeld naar buiten brengen, we verleggen de koers maar einddoel blijft hetzelfde. Ziet geen andere mogelijkheid meer dan een groep van meer loshangende organisaties. Wil nadenken over de besluitvorming van eind 2007 naar voren te halen, belangrijkste argument daarbij is consistentie van beleid. Blij te horen dat we onderschrijven dat we gaan voor ons ideaal zoals indertijd geformuleerd en gedrieën WdZ'n tot stand willen brengen.

(..)

Op basis van de gevoerde discussie zijn de volgende overwegingen geïnventariseerd.

- hoe centrale sturingsmacht te organiseren ongeacht een NMa traject (...)*
- NMa definieert de markt. Als zij gaan herdefiniëren ontstaat een nieuwe situatie. Laten we nu een scenario maken van een losse groep maar met elkaar afspreken dat als de NMa definitie verandert, wij weer verdergaan. (...)*
- Ruim voor het eind van het jaar iets bedenken wat ons ook juridisch hard bindt om onze doelen te realiseren.*
- Goed aan RvT en stakeholders uitleggen waarom we stoppen na de meldingsfase*

⁴⁷ Documentnummer 58510213510424.

- *Einddoel blijven nastreven is conclusie van de analyses*
(..)
 - *Spagaat van het moeten organiseren van onderhandelingsmacht in twee richtingen: lokaal (gemeenten) en landelijk (verzekeraars).*
104. Uit een presentatie genaamd 'Scenario's ten gevolge van uitspraak NMa', van oktober 2005, blijkt dat het Projectbestuur van TGV op het standpunt staat dat moet worden doorgegaan met de vergunningsfase. Daarbij wordt opgemerkt dat de NMa de verwachting dat de vergunningsprocedure succes heeft, de kleur 'donkergrijs' geeft en dat dit noopt tot het ontwikkelen van scenario's.⁴⁸ Het te kiezen scenario moet onder andere voldoen aan het 'realiseren van onderhandelingsmacht naar gemeenten en verzekeraars'⁴⁹ De presentatie geeft drie scenario's waar uit gekozen kan worden en een aantal criteria op grond waarvan een afweging gemaakt kan worden tussen de scenario's. Onder de keuzecriteria zijn bijvoorbeeld opgenomen 'continuïteit van zorg', 'structurele synergie WdZ/CRD' en 'doelmatige bedrijfsvoering', en ook: 'marktmacht naar gemeenten' en 'marktmacht naar verzekeraars'. Deze laatste twee criteria zijn, samen met de criteria 'realiseren WdZ/IZR' en 'Borgen regionale diensten' de 'dominante' keuzecriteria. In de presentatie wordt geadviseerd om scenario 3 te volgen, omdat dit overeenkomt met de voorgenomen fusie. Daarbij, zo blijkt uit de presentatie, is scenario 3 het enige scenario dat positief scoort bij de 'dominante' keuzecriteria 'marktmacht naar gemeenten' en 'marktmacht naar verzekeraars'.
105. Op 4 november 2005 besluit de NMa dat voor de voorgenomen concentratie, als gemeld op 29 juli 2005, een vergunning is vereist omdat er reden is om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden verstrekt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.⁵⁰
106. In een PowerPoint presentatie van de Raad van Toezicht van Vivium Zorggroep, van november 2005, worden enkele uitgangspunten voor het beslisdocument genoemd:⁵¹

'Verwachte uitspraak NMa

- *concentratie op extramurale zorg door samenvoeging TBV te groot*
- *concentratie (en concurrentie) op PG markt door B en V niet toelaatbaar*
- *Mondelinge verwachting succes vergunningsprocedure: donkergrijs*

Uitgangspunten beslisdocument

- *realiseren van WdZ-en in de regio*
- *borgen van regionaal georganiseerde dienstverlening*
- *realiseren van onderhandelingsmacht naar gemeenten en verzekeraars*

Ad 1 weging vergunningsprocedure

⁴⁸ Documentnummer 58510213510446 e.v.

⁴⁹ Documentnummer 58510213510451.

⁵⁰ Documentnummer 5851/ 127, bijlage 1.

⁵¹ Documentnummer 58510233511709.

<i>Niet kansloos</i>	<i>tijdrovend</i>
<i>Belang = marktmacht</i>	<i>verlies momentum</i>
<i>Belang = externe en interne geloofwaardigheid</i>	<i>twijfel op slagen</i>
<i>Positie van zorgkantoor bepaald</i>	<i>kostbaar</i>

107. In december 2005 geeft het projectbestuur van Zorgpartners i.o. een voortgangsbericht uit waarin wordt gesproken over het tweesporenbeleid en het realiseren van de overdrachten.⁵²

'Na de uitspraak van de NMa waarover wij u eerder hebben geïnformeerd, is door de drie Raden van Toezicht ingestemd met een tweesporenbeleid. Dat wil zeggen:

- 1. het aanvragen van een vergunning voor het kunnen gaan realiseren van de voorgenomen fusie.*
- 2. het tegelijkertijd doorwerken aan het realiseren van onze inhoudelijke doelstellingen zoals vastgelegd in het beslisdocument.*

Wij willen ons echter niet laten hinderen bij het realiseren van de inhoudelijke samenwerking. Naast onze eigen intrinsieke gezamenlijke motivatie worden wij ook gestimuleerd door de positieve resultaten van de pilots. Concreet zijn wij de volgende voorgenomen besluiten aan het voorbereiden die wij na de interne adviestrajecten medio 2006 willen realiseren. - De overdracht van de teams Verpleging en Verzorging Gooi-Zuid van Thuiszorg Gooi en Vechtstreek naar De Basis; - De overdracht van de teams Verpleging en Verzorging Gooi-Noord van Thuiszorg Gooi en Vechtstreek naar Vivium Zorggroep; - De overdracht van de RIBW naar Thuiszorg Gooi en Vechtstreek; - De overdracht van het Advies en Behandelcentrum van Vivium zorggroep naar Thuiszorg Gooi en Vechtstreek; - Thuiszorg Gooi en Vechtstreek wordt via statutenwijziging omgevormd tot een gemeenschappelijke onderneming van De Basis en Vivium Zorggroep; TGV kan zich ontwikkelen tot een supraregionale voorziening voor specifieke zorg- en dienstverleningsfuncties ten dienste van een groter werkgebied dan de Gooi en Vechtstreek'.⁵³

108. In een verslag van de vergadering van de Raad van Toezicht van Vivium van februari 2006 wordt melding gemaakt van de formele uitspraak van de NMa dat een vergunning nodig is en wordt aangegeven dat de betrokken ondernemingen per 1 juli aanstaande (NMa: 2006) een alternatief scenario willen uitwerken.⁵⁴

'In vervolg op de formele uitspraak van de NMa is aan de NMa meegedeeld dat de drie organisaties de vergunningsfase ingaan. Tevens is bij hen onder de aandacht gebracht dat de samenwerkingspartners zich hebben voorgenomen om per 1 juli as een alternatief scenario uit te werken. (...)

Het alternatieve scenario houdt in dat de thuiszorgteams worden verdeeld over Vivium en De Basis. (...) Dit scenario zal ook worden gemeld aan de NMa.'

⁵² Documentnummer 58510253511184.

⁵³ Nota bene: deze statutenwijziging is niet uitgevoerd.

⁵⁴ Documentnummer 58510233510244.

109. Indien de holding niet zou worden toegestaan door de NMa dan zouden in Gooi-Noord en Gooi-Zuid autonome IZR's worden gevormd, waartussen strategische afstemming zou plaatsvinden. In "Zuid" zou in dit plan Hilverzorg komen, en in "Noord" Vivium.⁵⁵
110. In het beslisdocument genaamd 'Partners in de Zorg en Dienstverlening', van Vivium, De Basis/Hilverzorg en TGV, van 16 maart 2006, staat het volgende:⁵⁶

'Alternatief model, als tussenstap of alseindsituatie?

Wij constateren dat onze melding voor de NMa aanleiding was een nadere analyse uit te voeren alvorens een uitspraak te doen ten aanzien van ons voornemen een holdingstichting op te richten. Hoewel wij van mening zijn, dat ons aanvankelijk voornemen en voor onze organisatie en voor onze cliënten een optimale situatie creëert, waarbij er bovendien voldoende te kiezen blijft voor de bewoners in de regio Gooi en Vechtstreek, mogen we er niet zonder meer vanuit gaan dan ons aanvankelijk streven toegestaan wordt.

Ons einddoel, het realiseren van een holdingstichting, blijft voor ons een na te streven optie, juist omdat we er vanuit gaan dat een dergelijke optie als voertuig tot het beste resultaat voor cliënten en medewerkers leidt. Immers, dat voertuig maakt het ons mogelijk om integrale dienstverlening dicht bij de cliënt te bieden en toch ook kwaliteit, specialistische zorg en dienstverlening te bieden. Dat alles op een wijze die bedrijfseconomisch dus maatschappelijk verantwoord is, dus in een optimale prijs/kwaliteit verhouding.

Het gekozen alternatief is als volgt weer te geven:

Vivium en Hilverzorg zijn en blijven afzonderlijke organisaties, ieder werkend vanuit hun eigen werkgebied met hun eigen zwaartepunten daarin. De bestaande organisatie TGV krijgt als functie die van regionale dienstverlening, onder de naam TGV/CRD. Vanuit Vivium respectievelijk Hilverzorg wordt de totale keten aan basiszorg geleverd: om dat mogelijk te maken worden delen van de huidige TGV (V&V teams) ondergebracht bij Vivium cq Hilverzorg. Vanuit TGV/CRD wordt specialistische zorg geleverd voor het hele werkgebied.⁵⁷ (...)

Om het bovenstaande te realiseren sluiten de drie partijen een overeenkomst.'

111. Het beslisdocument wordt besproken in een bestuurlijk overleg op 21 maart 2006.⁵⁸

'Onderstaande adviezen (NMa: het beslisdocument van 16 maart 2006) zijn tot stand gekomen op basis van een gesprek met de voorzitters van de Raden van Bestuur op 21 november jl. (NMa: 2005). Wij hebben de juridische advisering door het advocatenbureau Van Doorne gewogen en vastgesteld hoe wij om willen gaan met de uitspraak van de NMa en de keuze uit alternatieve

⁵⁵ Strategische reflectie in BO TBV d.d. 23 juli 2004 (vertrouwelijke gespreksnotitie), gevonden bij Hilverzorg, 58510213512480 t/m 58510213512481. Zie ook het verslag besturenoverleg 30 juli 2003 bij Vivium Zorggroep, waarbij de heren [vertrouwelijk] aanwezig zijn, 58510253511071, en de besluitenlijst bijeenkomst besturenoverleg d.d. 20 juni 2003, documentnummers 58510253511079 en 58510213513276.

⁵⁶ Documentnummer 58510233510054.

⁵⁷ In het rapport van de NMa is de samenwerking op het gebied van de specialistische zorg niet als overtreding aangemerkt.

⁵⁸ Documentnummers 58510213513139 en 58510233511982.

scenario's. De intensivering van de samenwerking tussen onze organisaties blijft het uitgangspunt. (...) 2. Het door Van Doorne aanbevolen scenario I kan hangende de vergunningsprocedure worden gerealiseerd. Zie bijgaande schematische weergave. Dit scenario komt grotendeels overeen met de voorgestelde fusie met de kanttekeningen dat de efficiencywinst niet volledig kan worden gerealiseerd en de marktmacht naar verzekeraars beperkter is. 3. Aanbevolen wordt dit scenario uit te voeren en te realiseren medio 2006. Het scenario kan als 'eindmodel' worden beschouwd wanneer onverhoopt mocht blijken dat de NMa de fusie verbiedt. Ongeacht de uitspraak van de NMa wordt ook in dit scenario marktmacht georganiseerd door alliantievorming met partners buiten de Gooi en Vechtstreek'.

Tussenconclusie

112. Gelet op de hierboven opgenomen citaten stelt de Raad vast dat de drie betrokken ondernemingen in de periode van juli 2002 tot juli 2005 met elkaar overleg hebben gevoerd over de manieren waarop zij met elkaar tot een nauwe samenwerking zouden kunnen komen. Toen vervolgens een fusie tussen alle betrokken ondernemingen bij de NMa op problemen leek te gaan stuiten, hebben de betrokken ondernemingen nagedacht over een 'tweesporenbeleid' waarbij parallel aan de vergunningsprocedure bij de NMa doorgewerkt zou worden aan het realiseren van een alternatieve vorm van samenwerking die grotendeels, en qua resultaat zelfs geheel, overeen zou komen met de voorgenomen fusie. In dat kader is in juni 2006 de "Samenwerkingsovereenkomst" opgesteld die in de volgende paragraaf wordt besproken.
113. De Raad stelt vast dat uit de weergegeven documenten, waaronder het kerndocument⁵⁹ en de vertrouwelijke aantekeningen⁶⁰ van de bestuurders van de betrokken ondernemingen, geconcludeerd kan worden dat de betrokken ondernemingen de bedoeling hadden om door de samenwerking de onderlinge concurrentie voor de huishoudelijke verzorging thuis en persoonlijke verzorging en verpleging thuis uit te schakelen, althans te beperken. Tevens stelt de Raad vast dat de betrokken ondernemingen bij de vorm die zij aan die samenwerking hebben gegeven, mede aandacht hebben gehad voor hun doel om wijkgerichte zorg tot stand te brengen.

4.4 De inhoud van de samenwerking; de Samenwerkingsovereenkomst

114. In de aanloop naar de totstandkoming van de in deze paragraaf te bespreken Samenwerkingsovereenkomst zijn een aantal documenten geproduceerd die de bedoeling van de betrokken ondernemingen met de Samenwerkingsovereenkomst weergeven.
115. Zo wordt in een concepttekst van de heer [vertrouwelijk], bestuurder van TGV, voor een covernotitie van de Samenwerkingsovereenkomst het doel van partijen als volgt omschreven:⁶¹

⁵⁹ Documentnummer 58510213513228.

⁶⁰ Documentnummer 58510213510424.

⁶¹ Documentnummer 58510213514069.

'Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, De Basis en Vivium bezitten een gemeenschappelijk doel voor zover het gaat om ketenzorg: het aanbieden van een samenhangend en zo'n volledig mogelijk pakket van zorg. Voor het realiseren van dit doel wensen zij per 1 juli te gaan samenwerken met betrekking tot een beperkt aantal activiteiten. De samenwerking stelt de drie organisaties in staat om elk langs eigen weg een specifieke bijdrage te leveren aan het verwezenlijken van het doel. De drie partijen starten hun samenwerking met een beperkte herverdeling van activiteiten. Het uitgangspunt daarbij is om zoveel mogelijk zorgproducten te laten leveren door de lokale zorgaanbieder tenzij om verschillende redenen organisatie op regionaal niveau aangewezen is. Voor de herordening functioneerden Vivium en De Basis voornamelijk als lokale en TGV als regionale zorgaanbieder; na de herordening zullen De Basis en Vivium exclusief als lokale en TGV als regionale zorgaanbieder opereren.

Onderlinge verwijzing

De Basis/ Vivium enerzijds en TGV anderzijds zullen in onderlinge samenwerking de diënten verwijzen naar elkaars producten.'

116. Tevens wordt in een bijlage bij de plannen die in april 2006 worden gepresenteerd voor een andere structuur vanaf 30 juni 2006, het volgende opgemerkt:⁶²

' Worden TGV, Vivium Zorggroep en Hilverzorg drie gelijkwaardige organisaties?

- ja, het zijn drie volwassen zelfstandige organisaties die elk hun eigen beleid voeren.

Waarbij Vivium en Hilverzorg duidelijk hun eigen werkgebied hebben. TGV/RIBW werkt met haar specialistische diensten regiobreed.

(...)'

117. En in een persbericht van april 2006 stellen de betrokken ondernemingen:⁶³

'In november 2005 werd bekend dat de NMa de voorgenomen fusie tussen Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Vivium Zorggroep en De Basis/Hilverzorg nader wilde onderzoeken. De NMa vreesde dat de keuzevrijheid voor de diënt door een fusie zou worden bemoedigd. Dit vormde aanleiding voor TGV om samen met Vivium zorggroep enerzijds en met De Basis/Hilverzorg anderzijds, opnieuw de koers te bepalen. Zo ontstond een voorstel voor samenwerking, waarbij elk van de organisaties zich meer gaat specialiseren. Echter wel zo, dat de diensten goed op elkaar aansluiten. Het doel van de zorgaanbieders is niet veranderd: integrale zorg bieden tegen een redelijke prijs en dichtbij de diënt.

Uitwisseling van onderdelen, dit voorstel houdt in dat:

- TGV haar diensten Verpleging en Verzorging op 30 juni 2006 overdraagt (afhankelijk van werkgebied) aan Vivium of Hilverzorg.*
- TGV, De Basis/Hilverzorg en Vivium blijven voorlopig drie autonome organisaties, met eigen verantwoordelijkheden, waarbij*

⁶² Documentnummer 58510213521604.

⁶³ Documentnummer 58510213512322.

- *Vivium en Hilverzorg zich zullen richten op de intramurale en extramurale Verpleging en Verzorging.*
- *TGV en de RIBW specialistische zorg en maatschappelijke ondersteuning in de hele regio Gooi en Vechtstreek aanbieden.*

Vergunning voor de fusie wordt aangevraagd:

De organisaties dienen een aanvraag voor vergunning voor de fusie bij de NMa in. Als de NMa instemt, zal de voorgenomen fusie alsnog doorgang vinden. Anders wordt de geplande herstructurering het best haalbare alternatief. Wat de drie zorgorganisaties betreft echter 'second best'.⁶⁴

118. In mei 2006 beantwoordt de Raad van Bestuur van TGV vragen van de ondernemingsraad als volgt:⁶⁵

'Vragen OR:

25

Aard en inhoud: zie 2.2: geen activiteiten ontplooiën die overeenkomen en/of concurreren met de activiteiten zoals genoemd in sub. 2 t/m ix, xi en xii. Hoe moet de OR dit opvatten? Scheidingsgebieden zijn van belang voor de samenwerking. Hoe verhoudt dat zich in relatie met het ondernemerschap op de werkvloer. Inzichtelijk maken waar de activiteiten elkaar raken en hiervoor oplossingen formuleren.

Antwoord RvB:

De kern van de overeenkomst is dat er complementair wordt gewerkt en dat over en weer naar elkaar wordt verwezen (zie ook de mondelinge toelichting in de overlegvergadering 'de producten van A tot Z staan bij iedereen in de etalage')

119. In diezelfde maand wordt ook een conceptbrief aan de Belastingdienst opgesteld, waarin wordt uitgelegd hoe de samenwerking vormgegeven wordt:⁶⁶

'Vivium, De Basis, Hilverzorg, TGV, RIBW en Zorgpartner boden tot op heden ieder afzonderlijk zowel complementaire als concurrerende diensten op het gebied van zorg aan in de Gooi en Vechtstreek. De samenwerkingsovereenkomst per 17 juli a.s. brengt hierin verandering doordat deze instellingen per 17 juli gaan samenwerken om de kwaliteit en de spreiding van de aangeboden zorg en diensten in de Gooi en Vechtstreek te verbeteren en te verbreden. De samenwerking is structureel van aard in die zin dat activiteiten worden herverdeeld tussen de instellingen om tot een complementair zorgaanbod voor de gehele regio te komen, waarbij overlap in activiteiten wordt opgeheven. Als gevolg hiervan zijn de instellingen per 17 juli niet meer elkaars concurrent als het gaat om afnemers en zorgbudget. Een zorgbehoevende kan zich willekeurig bij welke vestiging aanmelden en zal indien nodig naar het juiste loket worden doorverwezen. De samenwerking is voor onbepaalde tijd en de instellingen beogen uiteindelijk samen te gaan in een organisatie (zodra hiervoor de vereiste goedkeuringen zijn van de mededingingsautoriteit). Uit onze beschrijving hiervoor volgt naar onze mening dat de instellingen hun bedrijfsvoering verregaand integreren teneinde op duurzame wijze aan zorgbehoevenden in de regio Gooi en Vecht zorg te kunnen bieden.

(..)

⁶⁴ In mei 2006 dienen de betrokken ondernemingen een vergunningsaanvraag in bij de NMa.

⁶⁵ Documentnummer 58510253511313.

⁶⁶ Documentnummer 58510253510376.

Op basis van het voorgaande zijn wij van mening dat de instellingen als een samenwerkingsverband naar buiten toe optreden waarvan de bedrijfsvoering op belangrijke onderdelen is geïntegreerd en aldus maatschappelijk gezien als een btw entiteit kunnen worden beschouwd. Ter aanvulling geven wij hierbij nog aan dat zorgbehoevenden de btw entiteitgedachte ook als zodanig zullen gaan ervaren, omdat zij ongeacht het kantoor waar zij zich melden, ze naar het juiste loket worden doorverwezen voor die specialistische zorg die zij op dat moment nodig hebben.'

120. Op 30 juni 2006 komt dan de Samenwerkingsovereenkomst tussen Vivium, De Basis, Hilverzorg, TGV, RIBW en Zorgpartner tot stand.⁶⁷ De inhoud daarvan luidt als volgt:

'OVERWEGENDE DAT:

- A. (...)
- B. Partijen momenteel ten opzichte van elkaar zowel complementaire als concurrerende diensten en zorg leveren;
- C. Partijen de intentie hebben om op het gebied van het leveren van diensten en zorg vergaand te gaan samenwerken en daartoe een bestuurlijke fusie wensen aan te gaan waartoe partijen dienen te beschikken over een vergunning van de Nederlandse mededingingsautoriteit;
- D. Met de vergunningsprocedure is tijd gemoeid, terwijl bovendien onzeker is of de vergunning zal worden verleend;
- E. Partijen daarom in overleg zijn getreden over de vraag hoe zij niettemin kunnen samenwerken om de kwaliteit en spreiding van de aangeboden zorg en diensten te verbeteren en te verbreden ten behoeve van cliënten en de uitkomst van dit overleg hebben vast gelegd in een beslisdocument d.d. 16 maart 2006;
- F. Partijen verwachten dat uit een herverdeling van de activiteiten van elk van de Partijen een verbetering en verbreding zoals genoemd onder E) zal kunnen voortvloeien;
- G. TGV in het kader van de onder F) genoemde herverdeling een deel van de activiteiten die zij ontplooit op het gebied van [verpleging en persoonlijke verzorging als omschreven in artikel 4 en 5 van het Besluit Zorgaanspraken AWBZ ("Besluit Zorgaanspraken")] zal overdragen aan Vivium en een deel van de activiteiten die zij op dit gebied ontplooit zal overdragen aan Debasis en Hilverzorg;
- (...)
- J. Partijen de afspraken over de samenwerking na de herverdeling zoals genoemd onder F) schriftelijk wensen vast te leggen.

⁶⁷ Documentnummer 58510253510039, in het dossier bevindt zich een ondertekende versie.

ZIJN HET VOLGENDE OVEREENGEKOMEN:

1. Aanvang, duur en (tussentijdse) beëindiging samenwerkingsovereenkomst

- 1.1 Deze samenwerkingsovereenkomst treedt in werking op 30 juni 2006 (de "**Aanvangsdatum**") en is aangegaan voor onbepaalde tijd.
- 1.2 Gedurende drie kalenderjaren vanaf de Aanvangsdatum, derhalve tot 30 juni 2009 (de "**Onopzegbare periode**") kan geen van Partijen deze overeenkomst – anders dan op de wijze in artikel 1.4 omschreven – opzeggen, behoudens indien één van de volgende gevallen zich voordoet"
 - (i) indien één of meer van de andere Partijen ondanks ingebrekestelling toerekenbaar tekort blijft schieten in de nakoming van enige wezenlijke verplichting, voortvloeiend uit deze overeenkomst;
 - (ii) indien de voortzetting van deze overeenkomst aantoonbaar leidt of kan leiden tot aanzienlijke reputatieschade of aantasting van de goede naam van deze Partij;
 - (iii) indien de voortzetting van deze overeenkomst niet meer mogelijk is voor de opzeggende Partij zonder in strijd te handelen met enige wettelijke of uit de wet – of lagere regelgeving voortvloeiende – verplichting.(..)

2. Aard en inhoud activiteiten TGV, RIBW en Zorgpartner

- 2.1 TGV, RIBW en Zorgpartner houden zich met ingang van de Aanvangsdatum vooral bezig met de navolgende activiteiten:
 - (i) Het besturen van een Regionale Instelling voor Beschermd Wonen en het in dat kader verlenen van gespecialiseerde verzorging;
 - (ii) (..)
 - (iii) Het verlenen van diensten op het gebied van huishoudelijke verzorging als bedoeld in artikel 3 van het Besluit Zorgaanspraken;(..)
 - (xii) Het leveren van niet op grond van Zvw of AWBZ verzekerde zorg of diensten binnen hun doelstelling;(..)

Hierna gezamenlijk de "**Activiteiten**";

- 2.2 Vivium, Debasis en Hilverzorg zullen zolang zij Partij zijn bij deze overeenkomst, geen activiteiten ontplooiën zoals genoemd sub 2.1. i t/m xi, xiii en xiv.
- 2.3 TGV, RIBW en Zorgpartner zullen gedurende de looptijd van deze overeenkomst, geen activiteiten ontplooiën die overeenkomen en/of concurreren met de activiteiten die TGV gelijktijdig met het sluiten van deze overeenkomst heeft overgedragen c.q. in onderaanneming heeft overgedragen aan Vivium, respectievelijk Debasis en Hilverzorg.
- 2.4 TGV, RIBW en Zorgpartner zijn gerechtigd de Activiteiten te leveren aan alle cliënten die daaraan behoefte hebben (...). Hun dienstverlening beperkt zich dus uitdrukkelijk niet tot cliënten die zich via Vivium, Debasis en/of Hilverzorg tot hen wenden.
- 2.5 Partijen kunnen gedurende de looptijd van deze overeenkomst (een) andere activiteit(en) aanwijzen die worden ondergebracht bij TGV, RIBW en/of Zorgpartner en terzake overeenkomen dat Vivium, Debasis en Hilverzorg zich op de wijze als omschreven in artikel 2.2 van deze activiteit(en) zullen onthouden.

- 2.6 Partijen kunnen op grond van artikel 2.2 besluiten een activiteit bij TGV, RIBW of Zorgpartner onder te brengen die door haar niet kostendekkend kan worden geëxploiteerd, maar waarvan Partijen het toch van belang achten dat deze door TGV, RIBW of Zorgpartner wordt verricht. In een dergelijk geval zullen Partijen vóór aanvang van de nieuwe activiteit afspraken maken over de vraag of en – zo ja – de wijze waarop Vivium, Debasis en/of Hilverzorg de exploitatie van deze activiteit – financieel of anderszins – zullen ondersteunen.
- 2.7 Vivium, Debasis en Hilverzorg zijn gerechtigd de in artikel 2.1 sub xii genoemde Activiteiten ook zelf aan te bieden aan cliënten. Zij zullen dergelijke activiteiten gedurende de looptijd van deze overeenkomst echter niet gaan ontplooiën voor zij met TGV, RIBW en/of Zorgpartner hebben besproken of en onder welke voorwaarden TGV, RIBW en/of Zorgpartner in staat zijn deze activiteiten op te zetten of uit te breiden en samen met TGV, RIBW en/of Zorgpartner hebben getoetst of deze ontplooiing of uitbreiding door TGV, RIBW en/of Zorgpartner kan plaatsvinden op een wijze die voor cliënten kwalitatief beter en/of kostenefficiënter is.

3. Frontoffice-rol Vivium, Debasis en Hilverzorg

- 3.1 Vivium, Debasis en Hilverzorg zullen hun cliënten, indien deze behoefte hebben aan zorg en/of diensten op het gebied van de Activiteiten, op een duidelijke wijze voorlichten over de dienstverlening door TGV, RIBW en Zorgpartner en deze cliënten verwijzen naar TGV, RIBW en Zorgpartner onder vermelding van hun adres/contactgegevens.
- 3.2 TGV, RIBW en Zorgpartner zullen cliënten, indien deze verzoeken om zorg en/of diensten die niet vallen onder de Activiteiten en door Vivium, Debasis en/of Hilverzorg worden aangeboden, op een duidelijke wijze voorlichten over de dienstverlening door Vivium, Debasis en/of Hilverzorg en cliënten, afhankelijk van de woonplaats van de betreffende cliënt, verwijzen naar Vivium of Debasis en Hilverzorg onder vermelding van hun adres/contactgegevens.
- 3.3 Partijen zullen nadere afspraken maken over de wijze waarop de verplichtingen op grond van dit artikel in de praktijk zullen worden ingevuld en uitgewerkt.
(..)

121. Op 30 juni 2006 is ook de overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van zekere activa tussen Hilverzorg en TGV en de overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van zekere activa tussen Vivium en TGV met als bijlage een onderaannemingsovereenkomst, tot stand gekomen.⁶⁸
122. In de overeenkomst tussen Hilverzorg en TGV, respectievelijk Vivium en TGV is opgenomen dat TGV aan Hilverzorg respectievelijk Vivium de V&V Activiteiten verkoopt. Eveneens is aangegeven dat het wat betreft de V&V Activiteiten die aan Hilverzorg worden verkocht, gaat om de activiteiten die worden verricht ten behoeve van cliënten woonachtig of verblijvend in de gemeenten Hilversum (behalve de Hilversumse Meent) en Wijdemeren (met uitzondering van Nederhorst den Berg). Aan Vivium worden de V&V Activiteiten verkocht die worden verricht ten behoeve van cliënten woonachtig of verblijvend in de gemeenten/ plaatsen: Huizen, Driemond, Weesp, Bussum, Naarden, Blaricum, Eemnes, Laren,

⁶⁸ Documentnummers 58510213510307/2510062.

Muiden/Muiderberg, Wijdmeren, alleen de plaats Nederhorst den Berg, en De Hilversumse Meent.

123. Bij deze overeenkomsten zijn enkele inleidende opmerkingen gemaakt, waaronder:⁶⁹

'Doelstelling en samenwerking

In de statuten van TGV is opgenomen dat zij haar doelstelling als rechtspersoon '...het aanbieden van zorg in de ruimste zin van het woord...' zal realiseren in samenwerking met enerzijds De Basis en anderzijds Vivium. De samenwerking is gericht, zoals al aangeduid, op het realiseren van integrale zorg waarbij de zorgproducten van TGV complementair zijn aan die van De Basis en Vivium.

Onderlinge verwijzing

De Basis/ Vivium enerzijds en TGV anderzijds zullen in onderlinge samenwerking de diensten verwijzen naar elkaars producten volgens daarover te maken afspraken.'

Tussenconclusie

124. De Raad stelt vast dat de betrokken ondernemingen bij de Samenwerkingsovereenkomst zijn gekomen tot eenerschikking van hun activiteiten zodanig dat de huishoudelijke verzorging thuis in de hele regio alleen door TGV werd geleverd en de persoonlijke verzorging en verpleging thuis in het "eigen" werkgebied ook alleen door één onderneming: Hilverzorg respectievelijk Vivium. Tevens stelt de Raad vast dat de in de artikelen 2.2 en 2.3 van de Samenwerkingsovereenkomst opgenomen non-concurrentiebedingen, net als de Samenwerkingsovereenkomst zelf, voor onbepaalde tijd zijn aangegaan en dat in deze non-concurrentiebedingen bovendien geen beperking naar plaats is opgenomen. Voorts stelt de Raad vast dat in artikel 3.2 van de Samenwerkingsovereenkomst is opgenomen dat TGV bij haar doorverwijzing voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis zal doorverwijzen naar Vivium respectievelijk Hilverzorg, *afhankelijk* van de woonplaats van de cliënt. Ten slotte stelt de Raad vast dat in de overeenkomsten tot koop, verkoop en overdracht van de activa tussen Hilverzorg en TGV respectievelijk Vivium en TGV (zoals hierboven weergegeven in randnummer 121) nauwkeurig de gemeenten of delen daarvan zijn genoemd waarop de overdrachten zien.
125. Op basis hiervan stelt de Raad vast dat de betrokken ondernemingen onderling hebben afgesproken om hun activiteiten in het kader van een duurzame samenwerking zodanig te herschikken dat de huishoudelijke verzorging thuis alleen door TGV uitgevoerd zou worden en de persoonlijke verzorging en verpleging thuis alleen door Vivium en Hilverzorg, waarbij zij voor Vivium en Hilverzorg ieder een "eigen" werkgebied hebben gecreëerd.

⁶⁹ Documentnummer 58510253510952.

4.5 Gang van zaken na het sluiten van de Samenwerkingsovereenkomst

126. In november 2006 trekken de betrokken ondernemingen hun vergunningsaanvraag voor de fusie in.
127. Op 21 november 2006 zijn questions & answers opgesteld voor de pers, waaronder de vraag of de drie zorgaanbieders nu meer gaan concurreren en zo ja, wat de cliënt daar van merkt. Het antwoord daarop was:⁷⁰

'Uit de voorbereidingen op de fusie is duidelijk naar voren gekomen dat wij meer gericht zijn op samenwerking dan op concurrentie. Dus we zullen samenwerken op het gebied van ICT en na- en bijscholing. En het leveren van zorg aan diënten op wijk- of dorpsniveau. Natuurlijk is het wel zo dat Vivium Zorggroep en Hilverzorg dezelfde producten aanbieden, maar wel in andere plaatsen. Bovendien heeft de diënt in deze regio op alle terreinen sowieso keuze uit meerdere zorgaanbieders.'

128. In een concept verslag van de OR vergadering van november 2006 wordt de presentatie van het meerjarenbeleidplan weergegeven waarin staat:⁷¹

'De heer [vertrouwelijk] legt uit waarom er een fusie had moeten komen. De bestuurders van de zorgorganisaties wilden ketenzorg organiseren, woondienstzones inrichten en daarmee ook kostenbesparing genereren. Ongeveer twee tot drie jaar geleden zijn de organisaties Vivium, De Basis en TGV met elkaar in gesprek gekomen om te fuseren, met het doel om ketenzorg te organiseren. (..)

Op 30 juni 2006 hebben we de droom (van samenwerking in een fusie) willen vasthouden en vandaar de transitie. De samenwerking mbt de ondersteuning zou moeilijker worden.

(..)

Het probleem was dat er te weinig vergelijkingsmateriaal is, we zijn een van de eersten die met een dergelijk project (fusie in de regio) bezig zijn geweest. De NMa is daarom zo zorgvuldig te werk gegaan. We hadden geen vergelijkingsmateriaal.

In november 2006 besloten we de vergunningsaanvraag terug te trekken. De reden hiervoor was dat het kansloos was. De documenten die we onder ogen kregen om te corrigeren waren eenduidig.

(..)

Uiteindelijk hebben we de conclusie getrokken dat het hele NMa-traject teveel energie kost. We kiezen er daarom voor om een ander traject te volgen, zonder de NMa.'

⁷⁰ Documentnummer 58510213510214.

⁷¹ Documentnummer 58510253511574.

129. In een 'kaderbrief 2007' van Hilverzorg wordt uitgelegd wat er precies gewijzigd is per 30 juni 2006:⁷²

'Om ons verder te kunnen specialiseren heeft in 2006 tevens een herschikking plaatsgevonden tussen de drie organisaties De Basis, Vivium zorggroep en de Thuiszorg Gooi en Vechtstreek. Door ons te richten op een regio en ons te specialiseren binnen bepaalde soorten zorg, willen we een ongedeeld (integraal) antwoord leveren op de ongedeelde (integrale) vraag van onze diënten. Het is jammer dat het marktdenken in de zorgsector op andere punten juist lijkt te worden tegengegaan. Een voorbeeld hiervan is dat de NMa fusies tussen zorginstellingen tegenwerkt, terwijl verzekeraars daarentegen wel toestemming krijgen om samen te gaan, zoals bijvoorbeeld AGIS, Menzis en Delta Lloyd.

Omdat wij als De Basis, Thuiszorg Gooi en Vechtstreek en Vivium Zorggroep zo een fusieverbod opgelegd kregen, zijn we in plaats van een fusie een voorlopige samenwerking tussen deze drie organisaties aangegaan. Tevens zijn we een vergunningsprocedure gestart bij de NMa, om alsnog te mogen fuseren. Pas in het late najaar of het vroege voorjaar zal daar duidelijkheid over komen. We gaan zodanig door om ketenzorg in de regio te realiseren.'

130. In januari 2007 hebben de betrokken ondernemingen weer een conceptbrief voor de Belastingdienst opgesteld, waarin het volgende staat:⁷³

'TGV, Vivium, Hilverzorg, Zorgpartner en RIBW houden zich bezig met verschillende activiteiten binnen de (thuis)zorgsector in de Gooi en Vechtstreek. Aangezien de activiteiten van TGV, Vivium en Hilverzorg elkaar binnen dezelfde regio overlappen, is besloten tot een herstructurering van het zorgaanbod. Op 30 juni 2006 is in het kader van de herstructurering een samenwerkingsovereenkomst gesloten tussen TGV, Vivium, Hilverzorg, Zorgpartner en RIBW. Door de samenwerkingsovereenkomst bieden TGV, Vivium, Hilverzorg, Zorgpartner en RIBW gezamenlijk een breed zorgpakket aan, waarbij de diensten beter verdeeld zijn tussen de betreffende instellingen en een complementair zorgaanbod binnen de regio gerealiseerd is. De instellingen werken hierdoor zowel intern als extern als een eenheid samen. Zorgbehoevenden kunnen zich willekeurig bij een vestiging aanmelden, waarna zij, indien nodig, naar het juiste loket doorverwezen zullen worden. De samenwerking is structureel van aard.

TVG richt zich vooral op de regionale zorg, waaronder huishoudelijke verzorging, gespecialiseerde verzorging en gespecialiseerde verpleging alsmede een aantal ondersteunende diensten zoals financiële-, personeels- en salarisadministratie, huisvestingskosten en registratie en ICT activiteiten. Vivium en Hilverzorg richten zich voornamelijk op het lokaal aanbieden van zorg, met de A1 als grens tussen de beide werkgebieden.'

⁷² Documentnummer 58510213510044.

⁷³ Documentnummer 58510253510011.

131. In een verhoor dat de NMa heeft afgenomen van de heer [vertrouwelijk], bestuurder van Vivium, verklaart deze over de betekenis van artikel 3.2 van de Samenwerkingsovereenkomst:⁷⁴

“Als voorbeeld er belt iemand uit Muidenberg en die wil thuiszorg hebben. Die belt TGV en zegt: U bent toch voor de thuiszorg hier? Sinds 1 juli 2006 zegt TGV daarop: Ja, daar zijn wij voor. Maar het spijt ons want sedert 1 juli 2006 leveren wij dat niet meer. Maar wij hebben die activiteiten overgedragen aan de Vivium Groep. Dus, indien u wilt kunnen regelen en dan wordt het uitgevoerd door de teams die tot 1 juli bij ons zaten en nu bij Vivium zijn. NMa: en wat gebeurt er indien dezelfde persoon belt met de vraagindicatie voor PV en VP vanuit Hilversum? [vertrouwelijk]: Dan zal er worden gezegd dat PV en VP niet meer geleverd wordt in Hilversum. Maar dat die activiteiten hebben wij overgedragen aan Hilverzorg. Als u wilt dan bemiddelen wij voor het verkrijgen van die zorg bij Hilverzorg.”

132. In het verhoor dat de NMa afnam van de heer [vertrouwelijk], is gevraagd naar deze werkgebieden. De heer [vertrouwelijk] licht de geografische lijn in de Gooi en Vechtstreek toe aan de hand van een tekening, waarbij de Gooi en Vechtstreek wordt opgesplitst in een noordelijk en een zuidelijk deel. Verder licht de heer [vertrouwelijk] toe dat sprake is van een “geografische verdeling” waarbij Hilverzorg Hilversum, Loosdrecht en het zuidelijke deel van de gemeente Wijdemeren “doet” en Vivium de rest. Dit komt overeen met de indeling van ‘t Gooi in “Gooi-Noord” en “Gooi-Zuid”. De heer [vertrouwelijk] geeft aan:⁷⁵

‘dat er gewoon een fictieve lijn is getrokken waarbij het gebied in een Noord en een Zuid deel is verdeeld op basis van de bestaande werkgebieden van de thuiszorgteams en het logistieke aspect en de historie. De lijn is historisch gegroeid en niet als zodanig afgesproken ten behoeve van de samenwerkingsovereenkomst’.

133. In de laatste zin stelt de heer [vertrouwelijk] dat de lijn niet als zodanig is afgesproken ten behoeve van de Samenwerkingsovereenkomst. Eerder in het verhoor verklaarde de heer [vertrouwelijk] echter dat de overdrachten van de V&V activiteiten van TGV naar Vivium en Hilverzorg wel degelijk gebaseerd waren op een bepaalde verdeelsleutel die gebaseerd is op een geografische verdeling tussen de werkgebieden van Vivium en Hilverzorg. Volgens deze verdeling “doet” Hilverzorg Hilversum, Loosdrecht en het zuidelijke deel van de gemeente Wijdemeren (de reeds besproken plaats Nederhorst den Berg ligt in het noorden van de gemeente Weidemerren, deze plaats behoort toe aan Vivium) en Vivium de rest van ‘t Gooi:⁷⁶

[vertrouwelijk]: Naar aanleiding van de samenwerkingsovereenkomst hebben we de reguliere thuiszorg teams in feite naar Vivium en naar Hilverzorg gebracht, volgens een bepaalde verdeelsleutel (...)

⁷⁴ Documentnummer 5851/24, p. 21.

⁷⁵ Documentnummer 5851/22, p. 20.

⁷⁶ Documentnummer 5851/22, p. 3 en 4.

NMa: U spreekt over een verdeelsleutel. Hoe ziet die eruit?

[vertrouwelijk]: *We hebben destijds gewoon gezegd op basis van een geografische verdeling. (...)*

NMa: En hoe ziet het werkgebied eruit?

[vertrouwelijk]: *Nou, in principe doen wij (Hilverzorg, red. NMa) Hilversum en Loosdrecht en het zuidelijke deel van de gemeente Wijdemeren. Vooralsnog.*

NMa: Wat doet Vivium?

[vertrouwelijk]: *Zij doen de rest in 't Gooi.*

134. Ook bevestigt de heer [vertrouwelijk], bestuurder van Hilverzorg, de werkwijze waarbij cliënten aan de hand van hun woonplaats, postcode en zorgvraag worden verdeeld en doorverwezen naar één van de drie betrokken ondernemingen.⁷⁷ Voorts wordt op de website van Hilverzorg verwezen naar TGV voor huishoudelijke hulp.⁷⁸

Tussenconclusie

135. De Raad concludeert dat de documenten met betrekking tot de gang van zaken na het sluiten van de Samenwerkingsovereenkomst alsmede de verklaringen van enkele bestuurders de eerdere conclusies van de Raad in randnummers 124 en 125 bevestigen en dat de betrokken ondernemingen onderling hebben afgesproken om te komen tot een herschikking van hun activiteiten zodanig dat de huishoudelijke verzorging thuis alleen door TGV uitgevoerd zou worden en de persoonlijke verzorging en verpleging thuis in hun “eigen” werkgebied alleen door Vivium respectievelijk Hilverzorg. Uit de genoemde documenten en verklaringen blijkt tevens dat niet alleen TGV de patiënten voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis zou doorverwijzen afhankelijk van hun woonplaats maar dat Hilverzorg en Vivium dat over en weer ook deden. Er bestond derhalve tussen de betrokken ondernemingen overeenstemming over dat Vivium en Hilverzorg alleen in hun eigen werkgebied actief zouden blijven en dat zij onderling niet met elkaar zouden concurreren. De betrokken ondernemingen hebben daarmee hun activiteiten onderling zo verdeeld dat zij intern zowel als extern als een eenheid samenwerkten en diensten aanboden die complementair aan elkaar waren en elkaar niet overlaptten. Uit de weergegeven verklaringen van de bestuurders blijkt bovendien dat zij zich in de praktijk ook hiernaar hebben gedragen. De Raad concludeert dat zij op deze wijze de onderlinge concurrentie met betrekking tot de huishoudelijke verzorging en persoonlijke verpleging en verzorging thuis hebben beperkt.

4.6 Zienswijze omtrent de feiten en omstandigheden zoals vastgesteld in het rapport

136. De *betrokken ondernemingen* geven aan dat het rapport de suggestie wekt dat de betrokken ondernemingen van meet af aan gelijktijdig aan twee scenario's werkten. De betrokken ondernemingen achten het van belang vast te stellen dat er geen tweesporenbeleid is gevoerd. Er was geen afspraak gericht op het herverdelen van activiteiten zonder de realisatie van een fusie tussen TGV, Hilverzorg en Vivium. Op het moment dat de directie

⁷⁷ Documentnummer 5851/22, p. 18-19.

⁷⁸ www.hilverzorg.nl/index.php?p=198.

Concentratiecontrole van de NMa het voornemen van de betrokken ondernemingen kenmerkte als 'donkergrijs' zijn de betrokken ondernemingen gaan onderzoeken op welke wijze zij wel hun doelstellingen konden verwezenlijken.

137. De *Raad* merkt hierover het volgende op. De betrokken ondernemingen hebben met elkaar overleg gevoerd over de manieren waarop zij met elkaar zouden kunnen samenwerken. Toen een fusie tussen alle betrokken ondernemingen bij de NMa op problemen leek te gaan stuiten, hebben de betrokken ondernemingen gedacht over een 'tweesporenbeleid', waarbij parallel aan de vergunningsprocedure bij de NMa doorgewerkt zou worden aan het realiseren van een andere vorm van samenwerking. Op een gegeven moment is besloten om de vergunningsaanvraag in te trekken en om de samenwerking tot stand te brengen door middel van het sluiten van de "Samenwerkingsovereenkomst". Dat het tweesporenbeleid pas ten uitvoer werd gelegd nadat de betrokken ondernemingen van de NMa te horen hadden gekregen dat de NMa het concentratievoornemen van partijen als 'donkergrijs' typeerde, doet niet af aan het feit dat zij al in oktober 2005 (zie randnummer 102) nog voordat de NMa besloten had dat een vergunning zou moeten worden aangevraagd, vastbesloten waren hun doelstellingen om samen te werken en activiteiten te verdelen, te realiseren.
138. Volgens de *betrokken ondernemingen* is er geen sprake van een geografische marktverdeling en is hier geen bewijs voor. De overdracht van de V&V teams van TGV aan Hilverzorg respectievelijk Vivium is mededingingsrechtelijk niet bezwaarlijk en deze overdrachten zijn niet gekoppeld aan een non-concurrentiebeding. Hilverzorg en Vivium hebben volgens de betrokken ondernemingen dan ook het recht om hun extramurale activiteiten geografisch uit te breiden. De wijze van verdeling was het logische gevolg van de organisatorische vormgeving van TGV en de organisatorische inbedding van de extramurale zorglevering door Hilverzorg en Vivium. De intramurale locaties van Hilverzorg en Vivium vormen net als bij veel andere intramurale aanbieders de uitvalsbasis voor de extramurale zorgverlening. De extramurale zorglevering door intramurale zorgaanbieders concentreert zich dan ook in de directe omgeving van die intramurale locaties. Daarmee zou de organisatie van extramurale zorgverlening door intramurale instellingen verschillen van die van reguliere thuiszorgaanbieders. In het kader van een optimale planning van zorgroutes lag het voor de hand om de V&V teams te koppelen aan de intramurale locaties van Hilverzorg en Vivium. De betrokken ondernemingen beoogden juist concurrentie tussen 'gelijksoortige' organisaties, hetgeen volgens hen blijkt uit het visiedocument.⁷⁹ Hierin ligt besloten dat Hilverzorg en Vivium met elkaar zullen blijven concurreren. De Samenwerkingsovereenkomst bevat geen beletsel voor Hilverzorg of Vivium om in het werkgebied van de ander actief te worden.
139. De *Raad* wijst er op dat de stelling dat de overdracht van de V&V teams van TGV aan Hilverzorg en Vivium niet gekoppeld is aan een non-concurrentiebeding, feitelijk onjuist is. In artikel 2 van de Samenwerkingsovereenkomst zijn non-concurrentiebedingen opgenomen die betrekking hebben op deerschikking van de activiteiten tussen TGV, Vivium en

⁷⁹ Waarschijnlijk bedoelen partijen het Visiedocument 'Zorg in 't Gooi', van januari 2005, documentnummer 58510213513457.

Hilverzorg. Zoals hierboven is aangegeven heeft de Raad vastgesteld dat er vervolgens tussen Vivium en Hilverzorg een gebiedsverdeling tot stand is gekomen. Dit blijkt zowel uit de afspraak tot doorverwijzing door TGV naar Vivium en Hilverzorg (afhankelijk van de woonplaats van de cliënt) in artikel 3.2 van de Samenwerkingsovereenkomst en de wijze waarop de V&V teams van TGV zijn overgedragen als uit de documenten die betrekking hebben op de gang van zaken na het sluiten van de Samenwerkingsovereenkomst en de door de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], bestuurders van Vivium respectievelijk Hilverzorg, afgelegde verklaringen. Uit deze verklaringen blijkt dat ook Hilverzorg en Vivium naar elkaar doorverwezen.

140. Tevens voeren de *betrokken ondernemingen* aan dat de Samenwerkingsovereenkomst (in het bijzonder artikel 3.2) geen aanwijzing vormt voor de geografische marktverdeling. De betrokken ondernemingen merken op dat TGV cliënten over de diensten van Hilverzorg en Vivium informeert wanneer de cliënt daar uitdrukkelijk om vraagt. Er is dus geen sprake van een proactieve informatievoorziening. Bovendien is de informatievoorziening niet bindend. De cliënt behoudt de keuzevrijheid tussen de verschillende aanbieders van extramurale zorg, waaronder Hilverzorg en Vivium.
141. De *Raad* merkt op dat de in artikel 3, tweede lid, van de Samenwerkingsovereenkomst overeengekomen doorverwijzing door TGV inderdaad betrekking heeft op de situatie waarin cliënten verzoeken om zorg en/of diensten die niet door TGV maar door Vivium of Hilverzorg worden aangeboden. Uit de verklaringen van enkele bestuurders is gebleken dat ook Hilverzorg en Vivium in de praktijk naar elkaar doorverwezen naar aanleiding van verzoeken van cliënten. Aangezien in de onderhavige sector pro-actieve werving van klanten, in de zin van reclame maken via folders o.i.d., minder gebruikelijk is, is de afspraak om door te verwijzen na verzoek van de cliënt in de praktijk van groot belang. Bovendien houdt de term 'doorverwijzen' in dat de patiënt wordt doorgestuurd, hetgeen impliceert dat de verwijzende instelling of de instelling waarnaar niet wordt verwezen de zorg niet verleent. Ook al zou de cliënt, na protesten bijvoorbeeld, toch alsnog worden geholpen, dan nog is er een drempel neergelegd voor de cliënten om vrij te kunnen kiezen.
142. Uit de hierboven weergegeven documenten en de verklaringen van enkele bestuurders blijkt naar het oordeel van de Raad voldoende duidelijk dat de betrokken ondernemingen het er over eens waren dat Hilverzorg en Vivium elkaar onderling geen concurrentie zouden aandoen en dat ieder alleen in zijn eigen gebied actief zou zijn.
143. De *betrokken ondernemingen* voeren verder aan dat door een cliënt te informeren over de diensten van de zorgaanbieder wiens intramurale locaties dichtbij die cliënt gevestigd zijn, Hilverzorg en Vivium in staat gesteld worden hun extramurale zorgverlening zo efficiënt mogelijk te plannen en dat hierbij bedacht moet worden dat het leveren van zorg ver verwijderd van de intramurale locatie van waaruit de extramurale zorgverlening wordt gecoördineerd tot extra kosten zou leiden die niet in verhouding tot de opbrengsten staan.

144. De *Raad* overweegt dat dit argument van de betrokken ondernemingen niet zozeer de vraag betreft of de doorverwijzing een aanwijzing vormt voor de geografische marktverdeling, maar in feite efficiëncyredenen redenen noemt voor de marktverdeling. Dit argument zal daarom hierna in hoofdstuk 5 (randnummer 224) behandeld worden.
145. Tevens voeren de *betrokken ondernemingen* aan dat de manier waarop het personeel van TGV is verdeeld over Hilverzorg en Vivium de uitwerking is van de Samenwerkingsovereenkomst en de daarbij overeengekomen productieverdeling en dat die geen bewijs vormt voor het feit dat een marktverdeling tussen de betrokken ondernemingen is overeengekomen.
146. De *Raad* overweegt dat de wijze waarop de V&V-teams van TGV zijn overgedragen aan Hilverzorg respectievelijk Vivium inderdaad niet zonder meer kan worden beschouwd als een aanwijzing voor de geografische marktverdeling. Dat hangt af van de feitelijke situatie, bijvoorbeeld van de wijze waarop TGV vóór de overdracht de V&V-teams had georganiseerd. In de onderhavige zaak zijn echter de aanwijzingen die hiervoor al voor de geografische marktverdeling zijn aangevoerd, naar het oordeel van de Raad voldoende om vast te stellen dat inderdaad sprake was van een geografische marktverdeling tussen Vivium en Hilverzorg.
147. De verwijzingen in het rapport van de NMa naar woorden als “eigen werkgebied” en “werkgebied van” in de verschillende documenten, kan volgens *de betrokken ondernemingen* vanzelfsprekend niet als bewijs van een geografische marktverdeling dienen. Indien men naar het historisch bepaalde werkgebied van een ander verwijst, gebruikt men voor een goed begrip van de situatie al snel dergelijke bewoordingen. Ook het woord “lokaal” verwijst niet naar een geografische marktverdeling.
148. Naar het oordeel van de *Raad* gaat het hier niet om een verwijzing naar het historisch bepaalde werkgebied; de werkgebieden van Hilverzorg en Vivium zijn immers uitgebreid door de overdracht van de zorgteams van TGV. Die uitbreiding van activiteiten is zo vorm gegeven dat Hilverzorg zowel als Vivium nu ieder een “eigen” gebied hebben. Het gebruik van deze terminologie levert daarom - gezien in samenhang met de overige al weergegeven documenten en verklaringen - toch een aanwijzing op: de betrokken ondernemingen hebben elkaar duidelijk gemaakt dat ieder zijn eigen gebied heeft.
149. De *betrokken ondernemingen* wijzen er uitdrukkelijk op dat het zorgkantoor in het gesprek met de NMa heeft aangegeven evenmin aanwijzingen voor een geografische marktverdeling te hebben.⁸⁰
150. De *Raad* overweegt dat, hoewel de heer [vertrouwelijk], accountmanager van AWBZ-regio's 't Gooi en Amsterdam, in het gesprek met de NMa zegt dat hij denkt dat de betrokken ondernemingen geen gebiedsverdeling hebben gemaakt en ook mevrouw [vertrouwelijk],

⁸⁰ De betrokken ondernemingen verwijzen hierbij naar het gespreksverslag van de NMa naar aanleiding van het bezoek aan Agis in Amersfoort. Documentnummer 5851/ 131.

financieel economisch adviseur, zegt dat het haar niet bijstaat dat dat zo schriftelijk bevestigd is, dit nog niet betekent dat die afspraak daarom niet kan hebben bestaan. Het is immers mogelijk dat de betrokken ondernemingen hierover niet of slechts terloops met het zorgkantoor hebben gesproken. Er bestond in ieder geval geen verplichting het zorgkantoor over de afspraken in te lichten.

151. Volgens de *betrokken ondernemingen* houdt de NMa in het geheel geen rekening met haar eigen bevindingen van de feitelijke omstandigheden. Uit het besluit *De Basis-Thuiszorg Gooi en Vechtstreek - Vivium* blijkt dat -ondanks het historisch bepaalde werkgebied- er geen sprake van een gebiedsverdeling is. In de intramurale instellingen van Vivium en Hilverzorg verblijven veel cliënten uit het traditionele werkgebied van de ander.
152. De *Faad* merkt op dat het argument van de betrokken ondernemingen de intramurale zorg betreft en niet, zoals in de onderhavige zaak, de samenwerking op het gebied van de extramurale thuiszorg. De afstand tussen de voormalige woonplaats van de cliënt (die op het moment dat hij intramurale zorg ontvangt, in de instelling woont) en de instelling speelt in dat besluit daarom een heel andere rol, omdat de cliënt die afstand niet meer hoeft af te leggen. Wel kunnen de bekendheid van de cliënt met de omgeving van de instelling en de instelling zelf factoren (naast andere) zijn, die de keuze van de cliënt kunnen beïnvloeden.

Tussenconclusie

153. Op grond van het bovenstaande stelt de *Faad* vast dat geen van de met betrekking tot de feiten en omstandigheden naar voren gebrachte punten in de zienswijze van de betrokken ondernemingen afbreuk doet aan de tussenconclusie van de *Faad* zoals neergelegd in randnummer 135.

4.7 Conclusie door de *Faad* over de feiten en omstandigheden

154. De betrokken ondernemingen zijn alle actief op het gebied van de activiteiten persoonlijke verzorging thuis, verpleging thuis (inclusief de gespecialiseerde vormen van deze diensten) en huishoudelijke verzorging thuis, gezamenlijk ook wel aangeduid als thuiszorg, voornamelijk in de zorgkantorregio 't Gooi.
155. De betrokken ondernemingen waren in ieder geval sinds juli 2002 met elkaar in gesprek over een mogelijke samenwerking door middel van een bestuurlijke fusie.⁸¹ Toen de NMa besloot dat voor deze fusie een vergunning was vereist, hebben de betrokken ondernemingen besloten een vergunningsaanvraag in te dienen en de Samenwerkingsovereenkomst te sluiten. Later is de vergunningsaanvraag ingetrokken.

⁸¹ Zie randnummer 89.

156. De betrokken ondernemingen hebben onderling afgesproken dat, in het kader van een duurzame samenwerking, de huishoudelijke verzorging thuis alleen door TGV geleverd zou worden en de persoonlijke verzorging en verpleging thuis door Hilverzorg respectievelijk Vivium, ieder in hun “eigen” werkgebied. Uit documenten en verklaringen blijkt tevens dat niet alleen TGV de patiënten voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis zou doorverwijzen afhankelijk van hun woonplaats maar dat Hilverzorg en Vivium dat over en weer ook deden. Er bestond tussen de betrokken ondernemingen overeenstemming over dat Vivium en Hilverzorg binnen de regio alleen in hun eigen gebied werkzaam zouden zijn en dat zij onderling niet met elkaar zouden concurreren. De betrokken ondernemingen hebben daarmee hun activiteiten onderling zo verdeeld dat zij intern zowel als extern als een eenheid optraden en alleen diensten aanboden die complementair aan elkaar waren en elkaar niet overlaptten. Uit de weergegeven verklaringen van de bestuurders blijkt bovendien dat zij zich in de praktijk ook hiernaar hebben gedragen. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen op deze wijze de onderlinge concurrentie hebben uitgeschakeld, althans beperkt. Tevens stelt de Raad vast dat de betrokken ondernemingen bij de herschikking van hun activiteiten mede aandacht hebben gehad voor hun doel om wijkgerichte zorg tot stand te brengen.

5 JURIDISCHE BEOORDELING

5.1 Overtreding artikel 6, eerste lid, Mw.

157. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw geldt niet voor de in artikel 6, derde lid, Mw genoemde uitzondering. Voor de toepassing van dit verbod is de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna: de Commissie), de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: GvEA) richtinggevend.

5.1.1 Onderneming in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

158. De Raad stelt vast, hetgeen ook niet is bestreden, dat door het verlenen van thuiszorg de betrokken thuiszorginstellingen economische activiteiten uitoefenen en derhalve ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, aanhef en onder sub f, Mw.

5.1.2 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

159. Het verbod van artikel 6 Mw ziet zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke

wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁸²

Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.⁸³

160. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn, evenals overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen, ongeacht het gevolg ervan verboden, wanneer zij de mededinging beogen te beperken of te vervalsen. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.⁸⁴ De onderlinge afstemming kan blijken uit een mondelinge dan wel schriftelijke uitwisseling van (bedrijfsvertrouwelijke) gegevens. Voorts veronderstelt het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging weliswaar een marktgedrag van de betrokken ondernemingen, doch het vereist niet noodzakelijkerwijs, dat die gedraging de mededinging concreet beperkt, verhindert of vervalst.⁸⁵
161. Een gedraging kan onder een "onderling afgestemde feitelijke gedraging" vallen, zelfs wanneer partijen zich niet expliciet hebben verbonden tot een gemeenschappelijk plan waarin hun gedragingen op de markt zijn vastgelegd, maar wel gebruikmaken van of deelnemen aan op verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijken.⁸⁶ De termen coördinatie en samenwerking dienen tegen de achtergrond van de verplichting zo te worden verstaan dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren.
162. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging veronderstelt het bestaan van wederkerige contacten.⁸⁷ Van zodanige wederkerige contacten is geen sprake als een onderneming eenzijdig verklaart over haar toekomstig marktgedrag tenzij deze verklaring wordt afgelegd in het kader van samenwerking tussen ondernemingen.⁸⁸

⁸² Zie o.a. GvEA EG, 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II)*, gev. zaken T-305/94 e.a., Jur. p. II-931, rechtsoverweging 715.

⁸³ Zie o.a. Beschikking van de Commissie, 10 juli 1986, *Polypropyleen*, zaak 86/398, PB. L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, *Polypropyleen*, zaak T-7/89, rechtsoverweging 262-264.

⁸⁴ HvJEG, 14 juli 1972, *Imperial Chemical Industries. Commissie*, zaak 48/69, Jur. 1972, p. 619, rechtsoverweging 64.

⁸⁵ HvJEG, 8 juli 1999, *Hüls AG*, zaak C-199/92P, Jur. 1999 p. I-4287, rechtsoverweging 164 en 165.

⁸⁶ GvEA EG, 17 december 1991, *SA Hercules Chemicalst. Commissie*, zaak T-7/89, Jur. 1991, p. II-1711, rechtsoverweging 242.

⁸⁷ GvEA EG, 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, Jur. blz. II-491, punt 1849.

⁸⁸ CBb, *Mobiele operators: "zie in die zin arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 14 mei 1998, Moritz J Weig/Commissie, T-314/94, Jur. blz. II-1241, punt 110., AWB 06/657, LJN: BC1396.*

163. Iedere ondernemer moet zelfstandig bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze zelfstandigheidseis ontnemt de ondernemer niet het recht zijn beleid intelligent aan te passen aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten; deze eis staat daarentegen echter wel onverbiddeijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.⁸⁹
164. Er is geen nauw onderscheid tussen gedragingen die, hetzij volledig onder het begrip overeenkomst vallen, dan wel volledig onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen vallen. In sommige gevallen kan een gedraging de uitdrukking zijn van een enkele overtreding die ten dele valt onder het begrip overeenkomst en ten dele valt onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
165. Zoals de Raad hiervoor in hoofdstuk 4, randnummer 156 heeft vastgesteld, hebben de betrokken ondernemingen hun activiteiten onderling zo verdeeld dat zij intern zowel als extern als een eenheid samenwerkten en diensten aanboden die complementair aan elkaar waren en elkaar niet overlaptten. Zij bereikten dit door onderling af te spreken dat alleen TGV de huishoudelijke verzorging thuis voor zijn rekening zou nemen en in hun "eigen" werkgebied alleen Vivium respectievelijk Hilverzorg de persoonlijke verzorging en verpleging thuis. Tevens heeft de Raad vastgesteld dat er tussen hen overeenstemming over bestond dat Vivium en Hilverzorg onderling niet met elkaar zouden concurreren. De betrokken ondernemingen hebben zich in de praktijk ook op deze manier gedragen en hebben aldus de onderlinge concurrentie uitgeschakeld, althans beperkt.
166. De Raad constateert dat er sprake is van een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die naadloos in elkaar overlopen. Bij de genoemde artikelen van de Samenwerkingsovereenkomst die betrekking hebben op de non-concurrentiebedingen (de artikelen 2.2 en 2.3) en de doorverwijzing (artikel 3.2) en in de overeenkomsten tot koop, verkoop en overdracht van activa tussen TGV en Hilverzorg respectievelijk TGV en Vivium hebben de betrokken ondernemingen hun gemeenschappelijke wil te kennen gegeven over de herverdeling van hun activiteiten, het creëren van een eigen werkgebied voor Vivium zowel als Hilverzorg en de doorverwijzing door TGV naar Vivium respectievelijk Hilverzorg. De afstemming inzake het instandhouden van het eigen werkgebied van Vivium respectievelijk Hilverzorg blijkt zowel uit de genoemde documenten en verklaringen inzake de onderlinge coördinatie van hun gedrag als uit het feit

⁸⁹ HvJEG, 8 juli 1999, *Hüls AG*, zaak C-199/92P, Jur. 1999 p. I-4287, rechtsoverweging 160.

dat de betrokken ondernemingen zich ook daadwerkelijk op de afgesproken manier hebben gedragen.

5.1.3 Mededingingsbeperking

De relevante productmarkten en de relevante geografische markt

167. Zoals in hoofdstuk 3 bij de beschrijving van de wet- en regelgeving is aangegeven, staat de betrokken wet- en regelgeving, zoals die sinds de wijzigingen in 2003 en 2004 luidt, niet aan concurrentie in deze sector in de weg.
168. De Raad stelt vast dat de betrokken gedragingen betrekking hebben op het leveren van a) persoonlijke verzorging en persoonlijke verpleging thuis en op b) het leveren van huishoudelijke verzorging thuis, beide in de zorgkantorregio 't Gooi.
169. Uit eerder onderzoek door de NMa blijkt dat de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis een afzonderlijke relevante markt is, evenals de markt voor huishoudelijke verzorging thuis.⁹⁰ Tevens is gebleken dat de relevante geografische markt voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis net als voor de huishoudelijke verzorging thuis de regio van het zorgkantoor is.
170. In het besluit van de NMa naar aanleiding van de melding van het fusievoornemen van de betrokken ondernemingen (zaak 4212) is naar voren gekomen dat de betrokken ondernemingen alle (onder meer) werkzaam waren op de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis zowel als op de markt voor de huishoudelijke verzorging thuis. Tevens is gebleken dat de betrokken ondernemingen werkzaam waren op dezelfde geografische markt, de regio van het zorgkantoor.⁹¹
171. Hierbij is door de NMa rekening gehouden met het feit dat de activiteiten van Hilverzorg en Vivium met betrekking tot de persoonlijke verzorging en verpleging thuis zich concentreerden op het aanbieden van zorg aan cliënten die woonachtig zijn in de aanleunwoningen die verbonden zijn aan hun intramurale instellingen. Volgens het besluit in zaak 4212 doet dit aspect niet af aan het feit dat er van Hilverzorg en Vivium concurrentiedruk uitging op TGV en andersom. Zoals ook in eerdere besluiten is aangegeven, begeven intramurale instellingen zich steeds meer op de markt voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis.⁹² De Raad heeft op grond daarvan vastgesteld dat er rekening gehouden moet worden met het feit dat de lokale verankering van intramurale instellingen met zich brengt dat zij een ander type concurrent zijn dan aanbieders die enkel extramurale thuiszorg aanbieden en die niet beschikken over

⁹⁰ Zie met name het besluit van de NMa in zaak 4988/ *Oosterlengte – Thuiszorg Groningen – Sensire*, besluit van 48 augustus 2005 en het besluit van de NMa in zaak 4198/ *Proteion – TML – LvGG*, besluit van 11 augustus 2005.

⁹¹ Zie het besluit van de NMa in zaak 4212/ *De Basis - Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*, besluit van 4 november 2005, randnummers 39-45.

⁹² Zie met name het besluit van de NMa in zaak 4988/ *Oosterlengte – Thuiszorg Groningen – Sensire* en het besluit van de NMa in zaak 4198/ *Proteion – TML – LvGG*.

intramurale instellingen, en dat aan die differentiatie aandacht moet worden besteed⁹³. Daarvan uitgaande heeft de Raad vastgesteld dat de betrokken ondernemingen concurrentiedruk op elkaar uitoefenden. Hierbij heeft de Raad tevens overwogen dat uit het onderzoek in deze zaak bleek dat de verzorgingshuizen (intramurale zorg) van Vivium en Hilverzorg beide verspreid zijn over de gehele regio 't Gooi. Mede op grond daarvan heeft de Raad geconcludeerd dat de concurrentiedruk die van Vivium en Hilverzorg uitging vrij hoog was en zelfs hoger dan die van diverse pure extramurale aanbieders die slechts in een beperkt aantal plaatsen actief waren. Tevens is in dit besluit meegewogen dat de concurrentiekracht van Vivium en Hilverzorg op de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis mogelijk nog groter is geweest dan het marktaandeel deed vermoeden, vanwege de kennis en ervaring van beide ondernemingen op het gebied van verpleeghuiszorg en verzorgingshuiszorg. Gebleken is dat dit een concurrentievoordeel kan betekenen ten opzichte van aanbieders van enkel extramurale zorg die deze kennis en ervaring niet hebben. De Raad ziet geen aanleiding om in de onderhavige zaak van deze conclusies af te wijken.

172. Tevens is in het besluit in zaak 4212 vastgesteld dat ook de activiteiten van Vivium en Hilverzorg op de markt voor huishoudelijke verzorging thuis zich concentreerden op het aanbieden van zorg aan cliënten die woonachtig waren in de aan de betreffende intramurale instelling verbonden aanleunwoningen. Ook op dit punt ziet de Raad geen reden om af te wijken van de conclusies in zaak 4212. Hoewel Vivium en Hilverzorg op de markt voor huishoudelijke verzorging thuis een minder sterke positie hadden dan op de markt voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis, was de concurrentiedruk die uitging van hen op TGV en andersom om dezelfde redenen als genoemd voor de markt voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis, reëel, omdat ook hier de 'dreiging' bestond dat zij hun activiteiten ook op deze markt alleen dan wel in samenwerking met een andere onderneming zouden kunnen gaan uitbreiden.
173. De *betrokken ondernemingen* zijn van mening dat de NMa geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat Hilverzorg en Vivium voorafgaand aan de overeenkomsten van 30 juni 2006 geen concurrenten van TGV waren. De uitschakeling van concurrentie tussen potentiële concurrenten is alleen dan in staat de mededinging te beperken als de potentie 'echt' is.
174. Volgens de *betrokken ondernemingen* is de analyse van de NMa van de extramurale zorgleveringen niet juist. Op basis van die analyse komt de NMa tot de conclusie dat de betrokken ondernemingen zich zouden terugtrekken uit het werkgebied van de ander. De analyse van de NMa gaat echter slechts uit van gegevens van na 30 juni 2006. Voor een evenwichtige en juiste conclusie over een eventuele terugtrekkende beweging is tevens inzicht nodig in de situatie van voor 30 juni 2006. Deze gegevens ontbreken echter. Hilverzorg en Vivium waren destijds hoofdzakelijk actief op het gebied van intramurale

⁹³ Zie het besluit van de NMa in zaak 5603/ ZgNL – TML – LvGG.

AWBZ-zorg.

De extramurale zorg die zij leverden vond plaats in de directe omgeving van de intramurale instellingen. Een analyse van de zorgleveringen van voor 30 juni 2006 zou derhalve een beeld laten zien, dat de extramurale activiteiten van Hilverzorg en Vivium elkaar toen niet overlaptten. Zonder de overname van de V&V-teams van TGV zou Hilverzorg noch Vivium in staat geweest zijn dan wel de investeringen hebben gedaan om hun extramurale activiteiten in de gehele AWBZ-regio uit te rollen. In het licht van het besluit *ZgNL – TML – LvGG*⁹⁴ waren Hilverzorg en Vivium in ieder geval geen actuele concurrenten van elkaar.

175. Zoals hiervoor al is aangegeven, laat het feit dat Hilverzorg en Vivium vóór de Samenwerkingsovereenkomst de verlening van persoonlijke verzorging en verpleging thuis zowel als de verlening van huishoudelijke zorg concentreerden rondom hun instellingen, zien dat de markten voor de extramurale thuiszorg gesegmenteerd zijn, zoals door de Raad ook was geconstateerd in het besluit *ZgNL – TML – LvGG*, waarnaar de betrokken ondernemingen verwijzen. Als hierboven aangegeven heeft de Raad bij de beoordeling van de concurrentie op deze markten met die differentiatie rekening gehouden. Gelet op de bestaande activiteiten van Hilverzorg en Vivium en de goede spreiding van hun instellingen over de regio, is de Raad tot het oordeel gekomen dat er op het moment dat de Samenwerkingsovereenkomst werd gesloten, wel degelijk sprake was van concurrentiedruk die van Hilverzorg en Vivium uitging op TGV en vice versa. Aangezien het door de externe ontwikkelingen zowel in de zorg (mensen die langer thuis blijven wonen, waardoor de extramurale zorg groeit ten koste van de intramurale zorg) als in de wetgeving (wijziging AWBZ) in de lijn der verwachtingen lag dat de betrokken ondernemingen zouden besluiten om hun extramurale zorg uit te breiden en gelet op het feit dat de betrokken ondernemingen al op dit gebied actief waren en zij over de juiste know how en de juiste contacten beschikten, concludeert de Raad in het verlengde van zijn besluit in zaak 4212 dat TGV, Hilverzorg en Vivium op dat moment concurrenten van elkaar waren en dat zij door de samenwerking die concurrentie hebben uitgeschakeld, althans beperkt.

Tussenconclusie

176. Op grond van bovenstaande concludeert de Raad dat er geen reden is om in casu af te wijken van de in zijn eerdere besluit in zaak 4212 afgebakende relevante product- en geografische markten.

Doelbeperking

177. Vervolgens dient te worden nagegaan of het geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen naar zijn aard mededingingsbeperkend is. Volgens vaste jurisprudentie moet de NMa de context van de betrokken overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen onderzoeken om te kunnen vaststellen of sprake is van het doel of de strekking om de mededinging te beperken. Indien de overeenkomsten of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen naar hun aard mededingingsbeperkend zijn,

⁹⁴ Besluit van de NMa in zaak 5603/ *ZgNL – TML – LvGG*, besluit van 24 mei 2006.

behoeft de Raad geen nader onderzoek te doen naar de concrete gevolgen van de overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

178. Ten aanzien van dit onderdeel van de toepassing van artikel 6 Mw oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de zaak Modint als volgt: 'Blijkens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet de beoordeling of een overeenkomst of een deel daarvan al dan niet strekt tot beperking van de mededinging of die ten gevolge heeft, 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 juridische en economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van de betrokken ondernemingen 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. Ook bij de toepassing van het Nederlandse recht dient de rechtspraak van het Hof op dit punt leidraad te zijn.'⁹⁵
179. Anders dan de *betrokken ondernemingen* stellen, heeft de Raad wel degelijk de context onderzocht, hetgeen blijkt uit het uitgebreide onderzoek naar de wettelijke context, de voorgeschiedenis, de toelichting van de betrokken ondernemingen zelf op de Samenwerkingsovereenkomst, de ontwikkelingen daarna alsmede de situatie en de ontwikkelingen op de markt.
180. De Raad heeft vastgesteld dat er in deze sector in de eerste plaats concurrentie is om een contract met het zorgkantoor. Vervolgens is er voor de organisaties die een contract met het zorgkantoor verworven hebben, de concurrentie tussen hen onderling om de cliënt. Door het zorgkantoor wordt alleen uitbetaald voor de werkelijk verleende zorg, dus als de cliënten niet voor een organisatie kiezen of in mindere mate dan waarvan bij de contractering met het zorgkantoor is uitgegaan, zal die organisatie marktaandeel verliezen. Als de organisaties onderling afspreken dat zij niet actief zullen zijn in elkaars gebied maar alleen in hun eigen gebied, schakelen zij die onderlinge concurrentie om de cliënt uit en vergroten daarmee de kans op behoud van hun positie op de markt. Daarnaast is er nog de concurrentie om de cliënt die ervoor kiest gebruik te maken van de mogelijkheid van het persoonsgebonden budget. Bovendien is onderzocht of de betrokken ondernemingen ook daadwerkelijk concurrenten van elkaar waren en op dezelfde relevante product- en geografische markten werkzaam waren.
181. Zoals de Raad hiervoor in hoofdstuk 4, randnummer 156, heeft vastgesteld hebben de betrokken ondernemingen onderling afgesproken dat alleen TGV de huishoudelijke verzorging thuis voor zijn rekening zou nemen en alleen Vivium en Hilverzorg de persoonlijke verzorging en verpleging thuis, ieder in haar "eigen" werkgebied. Tevens heeft de Raad vastgesteld dat er overeenstemming over bestond dat Vivium en Hilverzorg binnen de regio alleen in hun eigen gebied werkzaam zouden zijn en onderling niet met elkaar

⁹⁵ CBb 28 oktober 2005, *Modint*, AWB 04/794 en AWB 04/829, LJN: AU5316 rechtsoverweging 7.2.2.

zouden concurreren. De betrokken ondernemingen hebben daarmee hun activiteiten onderling zo verdeeld dat zij intern zowel als extern als een eenheid samenwerkten en diensten aanboden die complementair aan elkaar waren en elkaar niet overlaptten.

182. De betrokken ondernemingen hadden zich nog te meer moeten realiseren dat zij hiermee een overtreding begingen, omdat zij, toen de NMa de vergunningseis stelde bij hun oorspronkelijke fusieplannen, hebben beoogd op een andere manier datzelfde doel tot stand te brengen. Zij hebben dit op zo'n manier gedaan dat de problemen die naar de mening van de NMa aan de fusie kleefden vanuit onder meer de keuzevrijheid van de cliënt, niet werden weggenomen. In de zaak *Continental Can* is door het Hof van Justitie van de EG overwogen dat de artikelen 81 en 82 EG op verschillend niveau hetzelfde beogen, namelijk de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt en dat de beïnvloeding van de mededinging die is verboden als zij het gevolg is van de in artikel 81 bedoelde handelwijzen, niet rechtmatig kan worden indien deze handelwijzen zich door toedoen van een overheersende onderneming concretiseren in een vervlechting der ondernemingen. Het Hof ziet het mededingingsregime van het Verdrag derhalve als een sluitend geheel van regels. Op dezelfde wijze geldt ook dat een mededingingsbeperking die verboden zou worden op grond van de regels betreffende concentratiecontrole, niet rechtmatig kan worden geacht op grond van artikel 6 van de Mededingingswet, als diezelfde beperking op andere wijze, namelijk via overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot stand zou komen.
183. Op basis van de beoordeling van de inhoud van de overeenkomsten en de onderling afgestemde gedragingen zelf, alsmede de context waarin zij toepassing hebben gevonden, stelt de Raad vast dat de betrokken ondernemingen als doel hadden om de concurrentie tussen hen op de markt voor HV en V&V uit te schakelen, althans te beperken en daarmee de concurrentie op de markt te verhinderen of te beperken.
184. De *betrokken ondernemingen* stellen dat de NMa rekening moet houden met de doelstellingen van de betrokken ondernemingen en dat zij die niet zomaar kan negeren. In deze zaak was het doel van de betrokken ondernemingen alleen maar het 'vormgeven van geïntegreerde zorg- en dienstverlening in een woondienstenzone', terwijl het rapport stelt dat het doel alleen maar het creëren van marktmacht was. Te pas en te onpas wordt in het rapport verwezen naar het woord 'marktmacht' om de 'werkelijke intenties' van de betrokken ondernemingen weer te geven. De uitspraken over marktmacht zijn echter gedaan in de context van het realiseren van een bestuurlijke fusie. In die context is het niet ongewoon dat fuserende ondernemingen met elkaar van gedachten wisselen over de onderhandelingspositie na de totstandkoming van de fusie. De betrokken ondernemingen benadrukken dat zij niet de bedoeling hadden om de concurrentie te beperken, maar alleen om de kwaliteit van de zorg te bevorderen.
185. De Raad wijst er nogmaals op dat het volgens vaste jurisprudentie niet nodig is te bewijzen dat de betrokken ondernemingen de subjectieve intentie hadden om de mededinging te

beperken.⁹⁶ Die intentie kan echter wel een relevante factor voor de beoordeling zijn en was bovendien in de onderhavige zaak wel aanwezig, zoals blijkt uit de in dit besluit opgenomen documenten en verklaringen.⁹⁷ De strekking ofwel het doel van een overeenkomst moet echter in de eerste plaats worden afgeleid uit de bepalingen van de overeenkomst zelf, geplaatst in de context waarin de overeenkomst is tot stand gekomen. In het rapport zowel als in het onderhavige besluit is daarom ingegaan op de context en is aangegeven dat er in deze sector in de eerste plaats concurrentie is om een contract met het zorgkantoor; vervolgens is er voor de thuiszorginstellingen die een contract met het zorgkantoor verworven hebben, de concurrentie tussen hen onderling om de cliënt. Door het zorgkantoor wordt alleen uitbetaald voor de werkelijk verleende zorg, dus als de patiënten niet voor een thuiszorginstelling kiezen of minder dan waarvan bij de contractering met het zorgkantoor is uitgegaan, zal die organisatie marktaandeel verliezen. Als de thuiszorginstellingen dus onderling afspreken dat zij niet actief zullen zijn in elkaars gebied maar alleen in hun eigen gebied, schakelen zij die onderlinge concurrentie om de cliënt uit en vergroten daarmee de kans op behoud van hun positie op de markt. Daarnaast is er nog de concurrentie om de cliënt die ervoor kiest gebruik te maken van de mogelijkheid van het persoonsgebonden budget.

186. Tevens stelt de Raad vast dat, zoals hierboven is geconstateerd, uit de inhoud van de weergegeven overeenkomsten en afstemming geplaatst in de context waarin deze hebben plaatsgevonden, blijkt dat de betrokken ondernemingen tot doel hadden om de concurrentie tussen hen te beperken. Ten slotte heeft de Raad vastgesteld dat uit de weergegeven verklaringen van de bestuurders blijkt dat de betrokken ondernemingen zich in de praktijk ook op deze manier hebben gedragen en aldus de onderlinge concurrentie hebben uitgeschakeld, althans beperkt. Het geheel van de tussen de betrokken ondernemingen bestaande overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen moet noodzakelijkerwijs leiden tot een beperking van de mededinging en daarmee van de keuzemogelijkheid van de afnemers/cliënten, omdat cliënten niet meer de keuze hebben tussen de betrokken ondernemingen, maar gedwongen zijn zich te richten tot de ene onderneming die op basis van de afspraken haar diensten in hun woongebied aanbiedt. Dat de betrokken ondernemingen bij de herschikking van hun activiteiten mede aandacht hebben gehad voor hun doel om wijkgerichte zorg tot stand te brengen, doet daar niet aan af.⁹⁸ Zoals de communautaire rechterlijke instanties hebben vastgesteld, strekt een overeenkomst ertoe de mededinging te beperken wanneer zij noodzakelijkerwijs leidt tot een beperking van de mededinging en kan in dat geval de partijen in beginsel niet baten als zij stellen dat het niet de bedoeling was om de mededinging te beperken of dat met de overeenkomst ook een ander doel werd nagestreefd.⁹⁹ Was alleen het tot stand brengen van

⁹⁶ Zie HvJEG, *Société Technique Munière*, zaak 56/65, Jur. 1966, blz. 391; zaak 19/77, *Miller International Schalplatten GmbH t. Commissie*, Jur. 1978, p. 131, rechtsoverweging 7.

⁹⁷ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, Mededeling van de Commissie PB EU 27.4.2004, C 101/97, randnummer 22.

⁹⁸ Zie o.a. HvJEG 8 november 1983, *IAZ/Commissie*, gev. zaken 96-102 e.a., Jur. 1083, p. 3411.

⁹⁹ Zie voetnoot 98.

wijkgerichte zorg het doel geweest, dan waren eenmalige overdrachten van zorgteams en een beperkte, daarop uitsluitend gerichte samenwerking tussen TGV en Hilverzorg samen of tussen TGV en Vivium samen voldoende geweest en had de concurrentie tussen Hilverzorg en Vivium kunnen blijven bestaan. De nauwe samenwerking waarbij de onderlinge concurrentie tussen de drie betrokken ondernemingen werd uitgeschakeld, althans beperkt, is een afzonderlijke concurrentiebeperking en was een doel op zich.

187. Naar aanleiding van de opmerkingen die de betrokken ondernemingen hebben gemaakt over de doelstellingen die zij met hun samenwerking wilden bereiken, wijst de *Raad* er op dat alleen al de citaten die de betrokken ondernemingen in hun zienswijze hebben opgenomen, aangeven dat zij duidelijk gekozen hebben voor samenwerking in plaats van concurrentie. “Competitiegedrag” wordt “niet productief” genoemd, concurrentie “heeft niet de voorkeur”, “een concurrentiescenario zal uiteindelijk een negatief effect op de zorg hebben”. De stelling van de betrokken ondernemingen dat uit deze citaten blijkt dat zij de onderlinge concurrentie juist wilden aanmoedigen, kan volgens de *Raad* niet op de voorliggende feiten worden gebaseerd.
188. De *betrokken ondernemingen* brengen naar voren dat het mededingingsrechtelijk niet verwijtbaar is dat ondernemingen hun onderhandelingspositie trachten te verbeteren, zeker niet wanneer aan de inkoopzijde een concentratietendens waarneembaar is. Een andere reden voor het streven naar een sterke onderhandelingspositie was volgens hen gelegen in het feit dat de belangen van de contractuele afnemers kunnen botsen met de belangen van cliënten. Hun doel was dus niet marktmacht creëren richting contractuele afnemers maar verbetering van de zorg.
189. De *Raad* merkt op dat de betrokken ondernemingen lijken te betogen dat het belang van de zorg de tot stand gekomen concurrentiebeperkingen rechtvaardigde, zonder dat daarbij hoefde te worden voldaan aan de voorwaarden die de Mededingingswet stelt. Overigens hebben de zorgaanbieders in de AWBZ te maken met maar één verzekeraar, degene die is aangewezen als zorgkantoor. Hoewel er inderdaad sprake is (geweest) van een concentratietendens aan de kant van de zorgverzekeraars, was van een verandering in die positie geen sprake.
190. Afgezien daarvan is het niet toegestaan een machtspositie aan de inkoopzijde van de markt te ‘compenseren’ met een kartel aan de aanbodzijde.¹⁰⁰ Hoewel de NMa de betrokken ondernemingen in het kader van de melding van hun oorspronkelijke fusievoornemen al had laten weten dat een vergunning voor de door hen voorgenomen concentratie noodzakelijk was, zijn de betrokken ondernemingen bij de uitvoering van hun “second-best” plannen daaraan bewust voorbij gegaan.
191. De *betrokken ondernemingen* voeren tevens aan dat het zorgkantoor bij de uiteindelijke vormgeving van de structuur een belangrijke rol heeft gespeeld. Op instigatie van

¹⁰⁰ Zie NMa visiedocument inkoopmacht.

het zorgkantoor hebben de betrokken ondernemingen gekozen voor de structuur waarin Hilverzorg en Vivium vanaf 30 juni 2006 tot 1 januari 2007 als onderaannemer van TGV hebben opgetreden.¹⁰¹

¹⁰¹ Paragraaf 121 van de gezamenlijke zienswijze van de betrokken ondernemingen.

192. De *Raad* wijst er op dat de instemming van het zorgkantoor met de tijdelijke onderaanneming door Hilverzorg en Vivium alleen te maken had met administratieve aspecten. Het zorgkantoor contracteert voor een periode van één jaar en wilde daarom liever niet voor een half jaar een contract hoeven sluiten met Hilverzorg en Vivium. Het is niet zo dat het zorgkantoor daarmee de Samenwerkingsovereenkomst geïnstigeerd of goedgekeurd zou hebben.
193. Volgens *de betrokken ondernemingen* wekt het rapport ten onrechte de indruk dat zij het oogmerk hadden om de prijs te beïnvloeden. Volgens het rapport zou uit een passage uit een document van de betrokken ondernemingen van 2004 blijken dat de betrokken ondernemingen vreesden dat de toegenomen concurrentie hun volume en marge in gevaar zou brengen.
194. De *Raad* stelt vast dat de betrokken ondernemingen, wat er ook zij van een oogmerk om de prijzen te beïnvloeden, tot doel hadden om de concurrentie tussen hen uit te schakelen dan wel te beperken. Tevens hebben zij uitgesproken dat zij hun onderhandelingspositie vis-à-vis het zorgkantoor wilden versterken. Overigens valt ook een verlaging van het niveau van de dienstverlening bij gelijkblijvende prijzen onder de bewuste passage in het rapport. De *Raad* komt hierop terug in het kader van de boetetoemeting.
195. Met betrekking tot de verdeling van de werkgebieden van Vivium en Hilverzorg voeren *de betrokken ondernemingen* aan dat Hilverzorg en Vivium op deze manier in staat gesteld worden hun extramurale zorgverlening zo efficiënt mogelijk te plannen en dat hierbij bedacht moet worden dat het leveren van zorg ver verwijderd van de intramurale locatie van waaruit de extramurale zorgverlening wordt gecoördineerd tot extra kosten zou leiden die niet in verhouding staan tot de opbrengsten.
196. De *Raad* overweegt dat ondernemingen er om hun moverende redenen zelfstandig voor kunnen kiezen om uit efficiency-redenen geen zorg te verlenen die te ver verwijderd is van de zorginstelling. Dat doet echter niet af aan het feit dat de geografische markt de regio van het zorgkantoor is en dat ondernemingen er onderling geen afspraken over mogen maken wie in welk gebied zorg levert, omdat daarmee de onderlinge concurrentie wordt beperkt. Iedere prikkel om door bijvoorbeeld het werven van nieuwe teams, verbetering van de planning of innovatieve werkwijzen het voorzieningsgebied uit te breiden, wordt daardoor immers bij voorbaat weggenomen. Afgezien daarvan ligt er bovendien tussen de bestaande verschillende intramurale instellingen steeds een gebied, waarbinnen de afstand tot die instellingen gelijk of min of meer gelijk is. In dat gebied is de afstand dus niet een doorslaggevend argument, noch voor de instelling zelf noch voor de cliënt. Ook in die gevallen waarin de afstand tussen de instellingen wel verschilt, behoeft de afstand op zichzelf niet zo groot te zijn dat het daadwerkelijk inefficiënt wordt om hulp te verlenen respectievelijk verkrijgen.

197. *De betrokken ondernemingen* hebben opgemerkt dat “de principes van ketenzorg op gespannen voet kunnen staan met principes van marktwerking”¹⁰² en dat daar waar concurrentie tussen zorgaanbieders in de keten het belang van de cliënt schaadde, de betrokken ondernemingen van mening (waren) dat ketensamenwerking dit belang juist zou (moeten) dienen en dat vanuit die optiek samenwerking gewenst en noodzakelijk was om kwalitatief goede zorg aan de cliënt te kunnen garanderen¹⁰³.
198. Naar aanleiding hiervan wijst de *Raad* er op dat ketensamenwerking, dat wil zeggen samenwerking tussen min of meer verticaal ten opzichte van elkaar geplaatste organisaties zoals intramurale en extramurale instellingen, anders dan de betrokken ondernemingen suggereren niet op mededingingsrechtelijke problemen zal stuiten, aangezien die samenwerking plaats vindt met betrekking tot niet met elkaar in concurrentie staande activiteiten. Datzelfde geldt bovendien voor het in één rechtspersoon onderbrengen van verschillende typen zorg.
199. Daarentegen hadden de tussen de betrokken ondernemingen bestaande overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen wel betrekking op met elkaar in concurrentie staande activiteiten. De betrokken ondernemingen beperkten hun onderlinge concurrentie uit en beperkten daarmee in belangrijke mate de concurrentie op de markt, gelet op hun posities op de relevante markt. Dit ten nadele van de keuzevrijheid van de cliënt.
200. *De betrokken ondernemingen* voeren verder aan dat het rapport ter onderbouwing van het vermeende oogmerk om de onderlinge concurrentie op te heffen, verwijst naar citaten in documenten die zagen op de voorgenomen bestuurlijke fusie. Vanwege het niet doorgaan van de bestuurlijke fusie zijn deze documenten irrelevant voor de beoordeling van de afspraken na 30 juni 2006. Bovendien verwijzen de overwegingen in het rapport dienaangaande naar de wenselijkheid van concurrentie in de keten, dus tussen intramurale en extramurale instellingen. Dit vormt geen onderdeel van de vermeende inbreuk en de in dat kader aangehaalde citaten zijn derhalve evenmin relevant voor de beoordeling daarvan.
201. De *Raad* stelt vast dat uit de hiervoor aangehaalde stukken uit het dossier naar voren komt dat de betrokken ondernemingen gezamenlijk overleg hebben gevoerd over de te volgen strategie in de regio. Zij hebben samen een bepaalde doelstelling geformuleerd en vervolgens besproken hoe die doelstelling het beste gerealiseerd kon worden. Daarbij hebben zij in eerste instantie gedacht dat dit via een bestuurlijke fusie tot stand gebracht zou moeten worden. Toen de NMa aangaf dat daarvoor een vergunning vereist was, hebben zij vervolgens besloten een tweesporen beleid te gaan volgen: enerzijds toch proberen de bestuurlijke fusie nu of later te realiseren en intussen via een Samenwerkingsovereenkomst zoveel mogelijk de gestelde doelen zien te verwezenlijken. De vergunningsaanvraag is vervolgens ingetrokken, waarop de samenwerking op andere wijze is gerealiseerd.

¹⁰² Randnummer 70 van de gezamenlijke zienswijze van de betrokken ondernemingen.

¹⁰³ Randnummer 194 van de gezamenlijke zienswijze van de betrokken ondernemingen.

202. De doelstellingen stonden dus centraal, niet de wijze waarop die zouden moeten worden gerealiseerd. Het argument dat de redenen die de betrokken ondernemingen hebben aangevoerd ten behoeve van de bestuurlijke fusie, niet kunnen worden gebruikt voor de samenwerking, is daarom niet juist. Ook voor de samenwerking stond centraal dat enerzijds de intramurale zorg en de extramurale zorg zouden worden ondergebracht in één rechtspersoon en anderzijds dat de betrokken ondernemingen in de regio geen “overlappende” ofwel met elkaar concurrerende activiteiten zouden aanbieden.

Tussenconclusie

203. De *Raad* komt op grond hiervan tot de conclusie dat de genoemde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, gezien in de context van de onderhavige zaak, ertoe strekken de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

Merkbaarheid

204. Wanneer, zoals in de onderhavige zaak, wordt vastgesteld dat de overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen ertoe strekken de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van die overeenkomsten en gedragingen niet nader te worden onderzocht.¹⁰⁴ Dergelijke overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen ontkomen slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer zij, wegens de zwakke positie van partijen op de relevante markt, de markt slechts in zeer geringe mate kunnen beïnvloeden.
205. Uit de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de zaak *Secon* blijkt dat (ook) bij de toetsing aan het merkbaarheidsvereiste rekening moet worden gehouden met de concrete situatie waarin een overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de juridische en economische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.¹⁰⁵

a) De markt voor persoonlijke verzorging en verpleging.

206. In het besluit van de NMa naar aanleiding van de melding van het fusievoornemen van de betrokken ondernemingen (zaak 4212) is vastgesteld dat de betrokken ondernemingen op de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis in de regio ‘t Gooi in 2004 een gezamenlijk marktaandeel naar waarde behaalden van [60-70]% (TGV [50-60]%, Vivium [0-10]% en Hilverzorg (toen nog: De Basis) [0-10]%). Vivium en Hilverzorg namen gezamenlijk de vierde plaats in gemeten naar omzet in ‘t Gooi. Diverse thuiszorginstellingen die alleen persoonlijke verzorging en verpleging thuis aanboden, hadden een beduidend lager marktaandeel. De overige marktpartijen die actief waren op de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis in ‘t Gooi hadden marktaandelen die lager waren dan 1%.

¹⁰⁴ Zaak C-49/92 *Commissie / Anic Partecipazioni*, reeds aangehaald rechtsoverweging 112-114.

HvJEG 13 juli 1966, zaak 56 en 58/64, *Consten-Grundig / Commissie*. Jur. 1966, p. 449.

¹⁰⁵ CBb 7 december 2005, *Secon Group BV en G-star International*, zaken AWB 04/237, AWB 04/249 LJN: AU 8309.

207. Op basis daarvan stelt de Raad vast dat de door de betrokken ondernemingen tot stand gebracht concurrentiebeperking merkbaar is.
208. De *betrokken ondernemingen* brengen in hun zienswijze naar voren dat de NMa de juridische en economische context alsnog in beschouwing had moeten nemen bij de vaststelling of al dan niet sprake was van de merkbaarheid van de vermeende mededingingsbeperkende afspraak. De NMa had onderzoek moeten doen naar de mate van concurrentiedruk voor en na de transactie van 30 juni 2006. De NMa heeft in het rapport slechts verwezen naar de gecombineerde marktaandelen van de betrokken ondernemingen op de relevante markten in 2004, maar sinds de transactie op 30 juni 2006 zijn in de AWBZ-regio 't Gooi meer aanbieders van vergelijkbare omvang actief, terwijl er voor die datum slechts één belangrijke speler was (TGV). Hilverzorg en Vivium waren voor de overdracht van de V&V-teams geen actuele concurrenten van TGV. In tegenstelling tot de situatie van voor 30 juni 2006 zijn er nu verschillende aanbieders die concurrentiedruk op elkaar uitoefenen. De NMa gaat er van uit dat de merkbaarheid van de mededingingsbeperkende strekking een gegeven is. Dit is volgens de betrokken ondernemingen onjuist.
209. In aanvulling op wat hierboven al is aangegeven met betrekking tot de vraag of sprake is van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de concurrentie beperken, wijst de *Raad* hier nogmaals op het feit dat Hilverzorg en Vivium vóór de overdracht van de V&V-teams behalve door hun actuele activiteiten, ook concurrentiedruk op TGV uitoefenden op basis van de waarschijnlijkheid dat zij hun actieradius zouden uitbreiden. Daarentegen oefenen Hilverzorg en Vivium na de overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen nu juist géén concurrentiedruk meer op elkaar of TGV uit, omdat zij hadden afgesproken zich tot hun eigen gebied te zullen beperken. Gelet op de marktaandelen van de betrokken ondernemingen, betekent dit dat de concurrentie op de markt merkbaar is beperkt.
210. Bij brief van 27 juni 2008 hebben de *betrokken ondernemingen* de NMa erop gewezen dat uit de besluiten inzake concentratiecontrole in de zaken Amsterdam Thuiszorg - Cordaan Groep en Eveen Groep - onderdeel Amsterdam Thuiszorg¹⁰⁶, blijkt dat het remedievoorstel ertoe leidt dat de V&V teams (inclusief cliënten) van Stichting Amsterdam Thuiszorg over drie ondernemingen zullen worden verdeeld. De wijze waarop de cliënten en de V&V teams in dit goedgekeurde remedievoorstel worden overgedragen, komt volgens de betrokken ondernemingen overeen met de manier waarop de betrokken ondernemingen de V&V teams van TGV aan Hilverzorg respectievelijk Vivium hebben overgedragen. De betrokken ondernemingen vragen de NMa in haar beoordeling te betrekken waarom dat remedievoorstel niet leidt tot mededingingsproblemen en de manier waarop zijzelf aan een soortgelijke overeenkomst uitvoering hebben gegeven, mogelijk wel als een inbreuk op de Mededingingswet kan worden gekwalificeerd.

¹⁰⁶ Besluit van de NMa in zaak 6169/ *Amsterdam Thuiszorg-Cordaan Groep* en zaak 6382/ *Eveen-Thuiszorg Amsterdam*, besluiten van 10 juni 2008.

211. De *Faad* constateert dat zowel in de zaken Amsterdam Thuiszorg-Cordaan Groep en Eveen-onderdeel Amsterdam Thuiszorg (hierna: concentratiezaken), als in onderhavige zaak sprake is van verdeling en overdracht van V&V teams en cliënten. Er zijn echter wezenlijke verschillen tussen het remedievoorstel in de desbetreffende concentratiezaken en de uitvoering daarvan en de overdracht van activiteiten in de onderhavige zaak en de manier waarop dat gebeurde. In de onderhavige zaak hebben de betrokken ondernemingen met elkaar afgesproken dat zij ieder een eigen werkgebied zouden krijgen en dat zij dat in stand zouden houden en dus niet met elkaar zouden concurreren. In de concentratiezaken was daarentegen enkel sprake van een eenmalige overdracht van activiteiten waardoor het ontstaan van dominantie op de Amsterdamse markt juist kon worden voorkomen. Daarbij gold een zeer beperkt concurrentiebeding voor korte duur ter bescherming van de kopers en bestond er tussen partijen geen onderlinge afstemming om niet met elkaar te concurreren en exclusieve werkgebieden in stand te houden. Daarom leidden de overdrachten van activiteiten in de concentratiezaken, mede gezien de marktverhoudingen in Amsterdam, niet tot mededingingsproblemen.

b) de markt voor de huishoudelijke verzorging.

212. In het besluit van de NMa naar aanleiding van de melding van het fusievoornemen van de betrokken ondernemingen (zaak 4212) is tevens vastgesteld dat de betrokken ondernemingen in 2004 op de markt voor huishoudelijke verzorging thuis in zorgkantoorregio 't Gooi gezamenlijk een marktaandeel naar waarde behaalden van [70-80]%, waarbij TGV [70-80]%, Vivium minder dan 1% en Hilverzorg circa 1% behaalde. TGV was overduidelijk de grootste aanbieder op de markt voor huishoudelijke verzorging thuis.

213. *De betrokken ondernemingen* brengen naar voren dat twee omstandigheden aantonen dat het door de NMa veronderstelde effect van de afspraak ten aanzien van de huishoudelijke verzorging thuis niet klopt. De eerste omstandigheid betreft de positie van de betrokken ondernemingen op de markt voor huishoudelijke verzorging thuis. TGV was de grootste aanbieder van huishoudelijke verzorging in de AWBZ-regio 't Gooi, Vivium en Hilverzorg waren aanbieders met geringe marktaandelen. Dit hangt samen met het feit dat Vivium en Hilverzorg uitsluitend huishoudelijke verzorging in de directe omgeving van hun intramurale instellingen leverden. In de AWBZ-regio 't Gooi zijn diverse aanbieders van huishoudelijke verzorging actief die een groter marktaandeel hebben dan Hilverzorg en Vivium. Ook na 30 juni 2006 bieden Hilverzorg en Vivium in bescheiden omvang huishoudelijke verzorging aan. Vanwege de geringe marge is het noodzakelijk dat een zorgaanbieder huishoudelijke verzorging thuis op grote schaal aanbiedt.

214. De tweede omstandigheid betreft de wijze waarop de negen Gooische gemeenten de WMO-aanbesteding vorm hebben gegeven. De negen Gooische gemeenten hebben als eis gesteld dat uitsluitend samenwerkingsverbanden tussen ten minste vier aanbieders op de aanbesteding kunnen inschrijven. Zij beoogden daarmee rust op de markt voor huishoudelijke verzorging te creëren. Als gevolg hiervan is de omstandigheid dat Hilverzorg

dan wel Vivium niet zelfstandig op de WMO-aanbesteding hebben ingeschreven niet het gevolg van een afspraak tussen de betrokken ondernemingen.

215. Voorts merken *de betrokken ondernemingen* op dat de omstandigheden op de markt voor huishoudelijke verzorging drastisch zijn gewijzigd. De NMa merkt dit terecht in randnummer 157 van het rapport op, maar doet hier echter niets mee.
216. Naar aanleiding van het beroep van de betrokken ondernemingen op hun positie op de markt van de huishoudelijke verzorging thuis in combinatie met de aanbestedingsvoorwaarden die de negen Gooische gemeenten hanteerden, merkt de *Raad* op dat het beleid van de gemeenten er inderdaad toe leidt dat instellingen samen moeten inschrijven. Juist mede hierdoor heeft de afspraak van TGV, Hilverzorg en Vivium om niet zelfstandig een offerte te zullen indienen, een merkbaar effect, ook al zijn hun marktaandeelen gering: zonder die afspraak zouden Hilverzorg en Vivium ook samen met een andere zorginstelling dan TGV een offerte hebben kunnen indienen. Bijvoorbeeld met een thuiszorgorganisatie vanuit een andere, nabij gelegen regio, die hierdoor in dit gebied gemakkelijker voet aan de grond gekregen zou kunnen hebben. Op deze wijze zou er meer concurrentie om de contracten voor de huishoudelijke verzorging thuis tot stand gekomen zijn.
217. De *Raad* stelt vast dat de relevante geografische markt voor de huishoudelijke verzorging thuis in ieder geval tot aan 1 januari 2007 de zorgkantorregio was. Sinds de inwerkingtreding van de WMO zijn het de gemeenten die de huishoudelijke zorg inkopen. In de praktijk is echter niet gebleken dat dit op de markt zodanige wijzigingen heeft meegebracht dat de hiervoor geconstateerde concurrentiebeperkingen op grond daarvan niet meer merkbaar zouden zijn, eerder het tegendeel.

Conclusie overtreding artikel 6, eerste lid, Mw.

218. Op grond van het voorgaande is de Raad van oordeel dat de genoemde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen de mededinging merkbaar hebben beperkt en derhalve in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, Mw.

5.2 De specialisatievrijstelling, artikel 6, derde lid, Mw en artikel 10 Mw.

219. De Raad is van oordeel dat de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten, de uitzondering van artikel 6, derde lid, Mw en de vrijstelling voor non-concurrentiebedingen van artikel 10 Mw op de onderhavige overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet van toepassing is. De Raad licht dit hieronder toe in zijn reactie op de zienswijzen van de betrokken ondernemingen hierover.

De specialisatievrijstelling

220. *De betrokken ondernemingen* brengen naar voren dat er geen sprake is geweest van een geografische marktverdelingsovereenkomst en dat de overeenkomst tot verdeling van de productie in artikel 2.2 van de Samenwerkingsovereenkomst kan profiteren van

de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten jo. artikel 13 Mw.¹⁰⁷ In het rapport is de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten niet van toepassing geacht omdat de betrokken ondernemingen niet zouden zijn overeengekomen om de diensten gezamenlijk te produceren. Volgens de betrokken ondernemingen volgt de gezamenlijke productie echter uit de participatie van Hilverzorg en Vivium in de Raad van Toezicht van TGV en is het op grond van de groepsvrijstelling niet noodzakelijk dat de onderneming aan wie de productie wordt uitbesteed onder de gezamenlijke zeggenschap van de uitbestedende ondernemingen staat. De betrokken ondernemingen voeren aan dat de opgelegde beperkingen bijdragen aan een verbetering van de distributie van diensten. Bovendien komen de voordelen ten goede aan zowel cliënten als de contractuele afnemers.

221. De *Raad* merkt op dat op basis van artikel 5 van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten deze vrijstelling niet van toepassing is op overeenkomsten die op zich of in combinatie met andere factoren waarover de betrokken ondernemingen controle hebben, direct of indirect (onder meer) de toewijzing van markten of klanten tot doel hebben. De onderhavige overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen omvatten naast de productieverdeling een geografische marktverdeling en hebben daarom (mede) de toewijzing van markten en klanten tot doel, reden waarom de groepsvrijstelling daarop niet van toepassing is.
222. Afgezien daarvan voldoet de overeenkomst omtrent de verdeling van de productie, ook als die los van de geografische marktverdeling beoordeeld zou worden, niet aan de voorwaarden voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten. Gelet op het feit dat TGV de V&V teams overdraagt aan Hilverzorg en Vivium en deze laatste twee ondernemingen de huishoudelijke verzorging thuis overlaten aan TGV, zou van eenzijdige of wederkerige specialisatie in de zin van deze groepsvrijstelling sprake moeten zijn. Volgens de groepsvrijstelling is daarvan echter enkel sprake indien de partij die afspreekt bepaalde goederen of diensten te vervaardigen, zich ertoe verbindt deze goederen of diensten te leveren aan de partij die afspreekt de vervaardiging van deze goederen of diensten te beëindigen. Op deze manier blijven beide partijen in staat om zelf de betrokken goederen of diensten te verkopen aan (eind)gebruikers. In het onderhavige geval vindt er echter tussen de betrokken ondernemingen geen levering van diensten plaats en leveren de betrokken ondernemingen de diensten die zij hebben overgedragen aan de andere partij, zelf niet meer. Van gemeenschappelijke vervaardiging in de zin van de groepsvrijstelling is evenmin sprake. Zoals in het rapport al is opgemerkt, bieden Hilverzorg en Vivium volgens de onderhavige afspraak ieder afzonderlijk persoonlijke verzorging en verpleging thuis aan, waardoor er ten aanzien van deze diensten per definitie geen sprake kan zijn van gezamenlijke vervaardiging. Wat de verlening door TGV van huishoudelijke verzorging thuis betreft, moet worden vastgesteld dat TGV een zelfstandige onderneming is en dat de participatie door Hilverzorg

¹⁰⁷ Verordening (EG) nr. 2658/2000 (Pb EG L304/3).

en Vivium in de Raad van Toezicht van TGV niet voldoende is om van gemeenschappelijke productie te spreken. Daar komt bij dat het, gelet op het marktaandeel van de betrokken ondernemingen in 2004¹⁰⁸ en het inkoopbeleid van het zorgkantoor, niet aannemelijk is dat het marktaandeel van de betrokken ondernemingen sinds 2004 zodanig zou zijn gedaald dat dit beneden de grens van de groepsvrijstelling van 20% zou liggen.

Artikel 6, derde lid, Mw

223. Subsidiair voeren *de betrokken ondernemingen* aan dat de beperkingen in het kader van de gezamenlijke productie kunnen profiteren van een individuele vrijstelling op basis van artikel 6, derde lid, Mededingingswet. De ondernemingen zijn van mening dat de afspraken bijdragen aan een verbetering van de distributie van diensten, omdat de wijze waarop de overdracht van de V&V teams heeft vorm gekregen, Hilverzorg en Vivium de gelegenheid heeft gegeven om de extramurale dienstverlening zo optimaal mogelijk te organiseren. Dit geldt eveneens voor de diensten van TGV: door de zogenaamde onrendabele lijnen op bovenregionaal niveau te organiseren is TGV in staat de levering van deze noodzakelijke en niet planbare zorg in de gehele AWBZ-regio 't Gooi te waarborgen. De voordelen van de afspraken komen volgens de ondernemingen voorts ten goede aan zowel de cliënten als de zorgverzekeraars. De integratie van de V&V teams in de intramurale locaties van Hilverzorg en Vivium heeft hen in staat gesteld de wachtlijsten op te schonen en de lokale organisatie van de extramurale zorgverlening stelt cliënten in staat langer thuis te blijven wonen. De bovenregionale organisatie van de gespecialiseerde diensten waarborgt dat cliënten niet verstoken zijn van niet planbare zorg. Voor de verzekeraars zitten de voordelen in lagere transactiekosten en het voorzien in hun wettelijke zorgplicht. Ook aan de overige voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mededingingswet is volgens de betrokken ondernemingen voldaan. De afspraken houden rechtstreeks verband met en zijn noodzakelijk voor de tenuitvoerlegging van de overdrachten respectievelijk de gezamenlijke productie en de mededinging wordt niet uitgeschakeld. De overdrachten van de V&V teams van TGV aan Hilverzorg en Vivium hebben ertoe geleid dat er nu in de regio 't Gooi verschillende vergelijkbare aanbieders van persoonlijke verzorging en verpleging thuis actief zijn en concurrentiedruk op elkaar uitoefenen.
224. Hoewel een productieverdeling in bepaalde situaties op zichzelf een verbetering van de productie of de distributie zou kunnen opleveren, stelt de *Raad* vast dat de onderhavige overeenkomsten/ onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet aan de criteria van artikel 6, derde lid, Mw voldoen. De overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen beperken de concurrentie veel verdergaand dan nodig zou zijn voor het tot stand brengen van een verbetering van de kwaliteit van de zorg, zoals mogelijk het realiseren van wijkgerichte zorg, zodat aan de sub a van artikel 6, derde lid, Mw genoemde voorwaarde niet is voldaan. Het aan Hilverzorg en Vivium toekennen van een "eigen" werkgebied is niet instrumenteel laat staan noodzakelijk voor het tot stand brengen van wijkgerichte zorg. De betrokken ondernemingen hebben de wijkgerichte zorg op een zodanige manier tot stand

¹⁰⁸ Zie het besluit van de NMa in zaak 4212/ *De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*, besluit van 4 november 2005.

gebracht dat de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen zelf zowel als de concurrentie op de beide relevante markten in sterke mate werd beperkt. Dit ten nadele van de cliënt die daardoor voor een belangrijk deel van zijn keuzevrijheid werd beroofd. Het verdelen van de geografische markt tussen concurrenten strekt er naar zijn aard toe de mededinging te beperken en wordt in de richtsnoeren van de Europese Commissie als een doelbeperking aangemerkt. Aangenomen wordt dat dergelijke beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden.¹⁰⁹ Waar de betrokken ondernemingen naar voren brengen dat de overdracht van de V&V teams ertoe geleid heeft dat er nu verschillende vergelijkbare aanbieders van persoonlijke verzorging en verpleging thuis actief zijn die concurrentiedruk op elkaar uitoefenen en dat er door het wegvallen van TGV op deze markt een belangrijke toetredingsdrempel voor andere aanbieders is geslecht, wijst de Raad erop dat hij hiervoor heeft geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen de markt geografisch hebben verdeeld en dat daarom van concurrentiedruk tussen hen onderling geen sprake meer is. Bovendien levert de voorsprong die Hilverzorg en Vivium nu hebben verkregen op de overige op de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis aanwezige concurrenten voor die laatste evengoed een toetredingsdrempel op. Voorts wijst de Raad erop dat de betrokken ondernemingen zich niet hebben beperkt tot eenmalige overdrachten van zorgteams en beperkte, louter op een doelmatige productieverdeling respectievelijk op wijkzorg gerichte en daarvoor noodzakelijke, afspraken. Om die redenen stelt de Raad vast dat de vrijstelling op grond van artikel 6, derde lid, Mw. niet van toepassing is op de onderhavige overeenkomsten/ onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

Artikel 10 Mw

225. Ten slotte voeren *de betrokken ondernemingen* aan dat artikel 2.3 van de Samenwerkingsovereenkomst profiteert van de vrijstelling van artikel 10 van de Mededingingswet voor non-concurrentiebedingen.
226. De Raad overweegt dat bij de Samenwerkingsovereenkomst een herschikking van activiteiten is overeengekomen en dat artikel 2.3 van die overeenkomst onderdeel uitmaakt en derhalve niet als een non-concurrentiebeding kan worden aangemerkt. Afgezien daarvan merkt de Raad op dat een non-concurrentiebeding nooit van meer dan tijdelijke duur zou mogen zijn en dat ook de materiële en personele reikwijdte van het beding niet verder zou mogen gaan dan hetgeen redelijkerwijs noodzakelijk zou kunnen worden geacht voor de verwezenlijking van de concentratie. In de onderhavige zaak is echter sprake van een overeenkomst van onbepaalde duur. Tevens is in de overeenkomst in zijn algemeenheid bepaald dat de betrokken ondernemingen de aan elkaar overgedragen activiteiten niet meer mogen ontplooiën, zonder dat hieraan een geografische beperking is gesteld. De Raad constateert derhalve dat de overeenkomst, als zij al had kunnen worden aangemerkt als een non-

¹⁰⁹ 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten', Pb 2001, C3/2.

concurrentiebeding, niet zou voldoen aan de eisen die worden gesteld aan toegestane nevenrestricties.

Conclusie inzake de toepasselijkheid van de vrijstelling voor specialisatieovereenkomsten, artikel 6, derde lid, Mw en artikel 10 Mw.

227. De Raad concludeert dat de onderhavige overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot doel hebben de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en dat aan de voorwaarden voor het van toepassing zijn van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten, artikel 6, derde lid, Mw en artikel 10 Mw. niet is voldaan.

5.3 Duur van de overtreding

228. Op 30 juni 2006 zijn de betrokken ondernemingen de Samenwerkingsovereenkomst aangegaan. Zij hebben daarbij hun activiteiten onderling zo verdeeld dat alleen TGV de huishoudelijke verzorging thuis voor haar rekening zou nemen en Vivium en Hilverzorg de verzorging en verpleging thuis, ieder in zijn "eigen" werkgebied. Tevens bestond er tussen hen overeenstemming over dat Vivium en Hilverzorg ook alleen in hun eigen gebied werkzaam zouden zijn en blijven en onderling niet met elkaar zouden concurreren. De betrokken ondernemingen hebben zich in de praktijk ook op deze manier gedragen en hebben aldus de onderlinge concurrentie uitgeschakeld, althans beperkt. De overtreding is derhalve aangevangen op 30 juni 2006.
229. *De betrokken ondernemingen voeren aan dat de samenwerking feitelijk per 1 maart 2007 is beëindigd. Aanleiding hiervoor was de financiële positie van TGV die als gevolg van de eerste resultaten van de WMO-aanbesteding onder druk was komen te staan. Vivium is daarop met TGV in gesprek gegaan over een mogelijke fusie tussen beiden. Hilverzorg is daarover geïnformeerd en heeft aangegeven dat hierdoor een ongelijkheid in de samenwerking zou ontstaan waardoor zij die niet wilde voortzetten. Tijdens de hoorzitting hebben de betrokken ondernemingen aangegeven dat naar aanleiding van deze ongelijkheid tussen partijen is afgesproken de Samenwerkingsovereenkomst feitelijk per 1 maart 2007 te beëindigen. Daarna werden de ontvlechtingswerkzaamheden in gang gezet waardoor de Samenwerkingsovereenkomst formeel pas per 1 januari 2008 kon worden beëindigd.*
230. Uit de verklaringen van de heer [vertrouwelijk], bestuurder van Hilverzorg, en de bestuurder van Vivium, de heer [vertrouwelijk], afgenomen op 14 maart 2007, blijkt dat de overeenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd met een minimumperiode van drie jaar:¹⁰

'De NMa vraagt verder naar de uitleg van 2.2 en 2.3 van de overeenkomst en legt deze aan de heer [vertrouwelijk] voor. [vertrouwelijk] legt hierover uit dat ze de thuiszorgteams hebben overgenomen en dat ze hebben hier afgesproken dat de activiteiten die zij hadden die gaan wij niet doen en de activiteiten die zij hebben overgedragen gaan zij niet weer opnieuw doen. De NMa

¹⁰ Documentnummers 5851/22, p. 11 en 5851/24, p. 6.

vraagt waarom niet. Dit omdat dat zo als werkafpraak is afgesproken. [vertrouwelijk] geeft aan dat er geen diepere reden is maar stelt dat het is georiënteerd hier vandaan. De NMa vat het geheel als volgt samen en zegt da t[vertrouwelijk] VP en PV heeft overgenomen van TGV en omdat zij (TGV) die hebben afgestoten en dat zij zich niet meer op die markt gaan begeven. [vertrouwelijk] stelt dat dat niet helemaal zo is. TGV doet nog wel bepaalde specialistische verpleging. De NMa vraagt of de voorgaande conclusie wel geldt voor de regulier VP en PV. [vertrouwelijk] bevestigt dit en stelt dat is afgesproken dat zij (TGV) die hebben overgedragen en dat is afgesproken dat zij (TGV) die niet meer doen. [vertrouwelijk] stelt dat zij dat niet meer mogen doen voor de duur van de samenwerkingsovereenkomst. Formeel duurt die drie jaar. Tot 30 juni 2009. Tot die tijd zullen zij (TGV) zich niet begeven op onze markt en wij niet op hun markt.'

De heer [vertrouwelijk] geeft tijdens het verhoor aan:

Vraag NMa: In de samenwerkingsovereenkomst is opgenomen dat de samenwerking is aangegaan voor een onbepaalde periode met een in ieder geval niet opzegbare periode van 3 jaar. Betekent dat niet dat de overeenkomst in ieder geval aangegaan is voor 3 jaar?

Antwoord [vertrouwelijk]: Juist. Voor de realiteit, hoe ga ik er mee om in de praktijk, is de overeenkomst voor 3 jaar aangegaan. Omdat alle ontwikkelingen nu zo verschrikkelijk snel gaan, of het nu de WMO kant is of de AWBZ, hebben wij intentioneel gedaan wat in elke overeenkomst staat, namelijk niet iets opmaken waarin staat dat we na een bepaalde tijd stoppen en ieder zijn eigen weegs gaat. (...)

Vraag NMa: Samenvattend de periode waarvoor Vivium de overeenkomst is aangegaan is voor onbepaalde tijd met een minimumperiode van 3 jaar.

Antwoord [vertrouwelijk]: Ja, dat klopt.

231. De Raad stelt vast dat de Samenwerkingsovereenkomst een looptijd van onbepaalde duur heeft en gedurende de eerste drie jaar na 30 juni 2006 niet kan worden opgezegd. Uit het dossier blijkt voorts niet dat de betrokken ondernemingen hun gedragingen vóór de dag van uitbrenging van het rapport hebben aangepast of beëindigd. De bestuurders van de betrokken ondernemingen gaven bij het opnemen van hun verklaringen op 14 maart 2007 niet aan dat er sprake was van een beëindiging van de overeenkomst. Zou de overeenkomst - zoals de betrokken ondernemingen aanvoeren - op 1 maart 2007 feitelijk beëindigd zijn, dan hadden de bestuurders hier wel melding van gemaakt tijdens het verhoor dat 13 dagen later werd afgenomen. Op de hoorzitting is door de betrokken ondernemingen aangegeven dat een commissie in het leven was geroepen om de "ontvlechting" te bestuderen. Nu dit geen aantoonbare gedragswijziging heeft opgeleverd, kan dit echter niet worden gelijkgesteld met daadwerkelijke beëindiging.
232. De Raad stelt op grond hiervan vast dat de overtreding in ieder geval heeft voortgeduurd tot de dag van uitbrenging van het rapport, zijnde 18 december 2007.

6 TOEREKENING

233. Ingevolge artikel 62, tweede lid, sub d, Mw moet in het besluit worden vermeld welke ondernemingen de overtreding hebben begaan, respectievelijk aan welke natuurlijke personen of rechtspersonen de overtreding kan worden toegerekend.
234. De ondernemingen die vorengenoemde overtreding hebben begaan zijn Stichting Vivium Zorggroep, Stichting Hilverzorg, Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Centrum voor Regionale Dienstverlening en Stichting Vivium-TGV.
235. Van 30 juni 2006 tot 18 december 2007 kan de overtreding worden toegerekend aan Stichting Hilverzorg, Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Centrum voor Regionale Dienstverlening, Stichting Vivium Zorggroep alsmede aan Stichting Vivium-TGV in de hoedanigheid van moederstichting van Vivium en TGV.

7 SANCTIE

7.1 Last onder dwangsom

236. Ingevolge artikel 56, eerste lid en artikel 58, eerste lid Mw heeft de Raad de bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen teneinde een vastgestelde overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding te voorkomen.
237. De Raad stelt voorop dat in geval van gedragingen die naar hun aard de mededinging beperken, vooreerst een punitieve sanctie op zijn plaats is, en niet, of slechts aanvullend, een herstelsanctie. Het (tevens) opleggen van een last onder dwangsom zou in het onderhavige geval in wezen neerkomen op een gebod om zich te onthouden van het maken en uitvoeren van afspraken met betrekking tot het verdelen van markten, hetgeen niets toevoegt aan het wettelijk kartelverbod. De Raad heeft al aangegeven dat een incidentele overdracht van zorgteams op zichzelf gezien geen overtreding vormt en legt daarom geen last op om deze ongedaan te maken.

7.2 Boete

Juridisch kader

238. Ingevolge artikel 56, eerste lid Mw heeft de Raad bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mw de bevoegdheid een boete op te leggen. Volgens artikel 57, tweede lid, Mw houdt de Raad bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.

239. In hun zienswijze hebben de betrokken ondernemingen geen standpunt ingenomen over de eventueel op te leggen boetes, voor het geval de Raad een overtreding zou vaststellen, en de hoogte daarvan.
240. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Raad op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld. Deze zijn sinds 1 juli 2007 opgenomen in de 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de Boetecode).¹¹¹ Gedurende de overtreding en voor zover van belang voor de boetetoemeting in de onderhavige zaak zijn de beleidsregels ongewijzigd gebleven.
241. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de juridische en economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met de duur van de overtreding wordt in de Boetecode rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt.
242. Randnummer 12 van de Boetecode geeft, voor zover hier van belang, aan dat bij overtredingen van artikel 6 van de Mededingingswet de boetegrondslag wordt afgeleid uit de betrokken omzet. Hoe hoger de betrokken omzet, des te groter de weerslag op de economie die de overtreding in het algemeen kan hebben, waaronder het met de overtreding mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s). De boetegrondslag wordt derhalve hoger naarmate de duur en de omvang van de bij de overtreding betrokken economische activiteiten toenemen en daarmee de bedoelde (potentiële) weerslag op de economie van de overtreding. Voorts komt, indien de overtreding door meerdere overtreders is begaan, het aandeel van de afzonderlijke overtreders in deze (potentiële) weerslag op de economie tot uitdrukking. Dit alles draagt bij aan een evenredige boete met afschrikwekkende werking.
243. Op grond van randnummer 53 stelt de Raad de boete vast volgens deze Boetecode en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de Boetecode afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt. Daarnaast is van belang dat de Raad ingevolge artikel 4:84 Awb overeenkomstig de Boetecode dient te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.
244. Desgevraagd hebben de betrokken ondernemingen bevestigd dat geen bepalingen uit de wet- en regelgeving met betrekking tot de AWBZ zich concreet verzetten tegen het opleggen, c.q. betalen door thuiszorginstellingen van een boete op grond van de Mededingingswet.¹¹²

¹¹¹ 'Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet' (Stcrt. 19 december 2001, nr. 248). Op 1 juli 2007 is de NMa Boetecode 2007 in werking getreden, naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2008 in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284 (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

¹¹² Verslag van de hoorzitting van 15 mei 2008, 5851/176, p. 13.

Betrokken omzet en boetegrondslag

245. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit de randnummers 21 en 22 van de Boetecode baseert de Raad de boetegrondslag in het geval als het onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder. De betrokken omzet wordt in randnummer 1, aanhef onder d, van de Richtsnoeren gedefinieerd als de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen. Gelet hierop wordt de betrokken omzet vastgesteld op de waarde van alle transacties die door de betrokken ondernemingen in de thuiszorgregio 't Gooi zijn verricht op het gebied van het verlenen van huishoudelijke verzorging thuis en voor het leveren van persoonlijke verzorging en verpleging thuis in de periode vanaf 30 juni 2006 tot de datum van uitbrengen van het rapport.
246. De betrokken ondernemingen hebben inzicht verschaft in de waarde van de hierboven genoemde transacties¹¹³ en de Raad heeft geen aanleiding om aan de juistheid hiervan te twijfelen. De Raad gaat derhalve uit van de volgende betrokken omzet per onderneming:

Vivium	EUR 10.888.900
Hilverzorg	EUR 8.152.005
TGV	EUR 21.626.092

247. Randnummer 22 van de Richtsnoeren bepaalt dat wordt uitgegaan van een boetegrondslag van 10% van de "betrokken omzet". De boetegrondslag bedraagt derhalve voor de betrokken ondernemingen:

Vivium	EUR 1.088.890
Hilverzorg	EUR 815.200
TGV	EUR 2.162.609

De ernst van de overtreding

248. De Boetecode onderscheidt 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen (randnummer 27-30). Bij een minder zware overtreding wordt de vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst van de overtreding gesteld op een waarde van ten hoogste 1; bij een zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2; bij een zeer zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3 (randnummer 32 van de Boetecode). In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt de Raad het navolgende in acht.
249. De Boetecode noemt in randnummer 28 als voorbeeld van 'zeer zware overtredingen' onder meer horizontale marktverdelingsafspraken. De Raad acht in het onderhavige geval echter

¹¹³ Documentnummers 5851/170, 171, 172.

termen aanwezig om de overtreding van artikel 6 Mw als 'zwaar' te kwalificeren.

In verschillende opzichten acht de Raad de onderhavige marktverdeling niet gelijk te stellen met 'klassieke' heimelijke kartels waarin afspraken worden gemaakt en gehandhaafd omtrent prijzen en productie welke op basis van ervaring vrijwel zeker tot prijsopdrijving leiden.

250. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad rekening met de concrete juridische en economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De Raad kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten (randnummer 31 van de Boetecode).
251. De Raad neemt de volgende factoren in aanmerking die de ernst van de overtreding onderstrepen. Ten eerste zijn de betrokken ondernemingen elkaars naaste concurrenten en nemen zij gezamenlijk een sterke marktpositie in. Ten tweede frustreren de betrokken ondernemingen met hun handelwijze de door de wetgever beoogde ontwikkeling van marktwerking in de thuiszorg en dat in een fase waarin deze nog kwetsbaar is. De beperkte ruimte die voor concurrentie is gecreëerd, wordt door de onderhavige gedragingen weer ingeperkt. Ten derde zijn de cliënten van de betrokken thuiszorginstellingen door de verboden gedragingen in hun keuzevrijheid beperkt. Dat geldt niet enkel voor de cliënten met een PGB, maar ook voor de cliënten die zorg in natura ontvangen, aangezien deze in principe de keuze hebben tussen alle door het zorgkantoor gecontracteerde aanbieders. Ten vierde wordt ook het regionale zorgkantoor zelf beperkt in zijn keuze: gegeven de zorgplicht die op het zorgkantoor rust, worden de betrokken ondernemingen als gevolg van hun product- en gebiedsverdeling vrijwel onvermijdelijke contractspartners.
252. Op grond van het feit dat de grote spelers in de regio – in principe voor onbepaalde tijd – de confrontatie met elkaar uit de weg gingen, acht de Raad aannemelijk dat de concurrentiedruk zodanig verzwakt was dat bij voortduring van de afspraken sprake zou zijn geweest van een verlies van doelmatigheid en uiteindelijk mogelijk ook de kwaliteit bij de dienstverlening door de betrokken thuiszorginstellingen. Daar staat wel tegenover dat het zorgkantoor in het kader van de AWBZ en de gemeenten in het kader van de WMO beschikken over mogelijkheden om de concurrentie aan te wakkeren en de concurrentiebeperking tussen betrokken ondernemingen te ondermijnen of zelfs teniet te doen, met name door het stimuleren van nieuwe toetreding.
253. Daarnaast zijn er andere omstandigheden die de ernst van de overtreding relativeren en die maken dat de factor op een lager niveau wordt bepaald dan doorgaans bij 'klassieke heimelijke marktverdelingskartels' het geval zou zijn geweest. De betrokken ondernemingen hebben de mogelijkheden die de wijziging van de AWBZ bood om hun palet aan diensten uit te breiden en 'wijkgerichte' zorg aan te bieden, willen benutten. Ook al kan dat niet afdoen

aan de vaststelling dat zij die gelegenheid bovendien hebben aangegrepen om in strijd met artikel 6 Mw de mededinging op de markt te beperken, in het kader van de boetetoemeting heeft de Raad wel oog voor dit aspect.

254. Voor alle duidelijkheid merkt de Raad op dat de op te leggen boete niet ziet op de verschillende overdrachten van activiteiten tussen de betrokken ondernemingen als zodanig, maar op de mededingingsbeperkende elementen in de afspraken die strekken tot bestendiging van de hiermee gecreëerde allocatie van middelen over de betrokken ondernemingen en de scherpe afbakening van activiteiten en werkgebieden voor de toekomst. De overdrachten van activiteiten hebben immers plaatsgevonden binnen een duurzaam samenwerkingsverband en zijn voorafgegaan en bezegeld door de uitgesproken intentie om slechts complementair te werken en onderling geen concurrentie aan te gaan. Zou het bij incidentele overdrachten gebleven zijn, dan zou overigens een noodzakelijke bescherming van de koper nu juist voor slechts een beperkte periode zijn toegestaan.
255. Het bovenstaande in overweging nemende en het geheel der factoren afwegende, gaat de Raad uit van een zware overtreding waarvoor de rekenfactor van 1,0 gepast is.
256. Gelet op het voorgaande wordt de boete met inachtneming van randnummer 32, maar zonder toepassing van randnummer 47, 48 en 49 bij verhogende of verlagende factoren van de Boetecode, berekend door de boetegrondslag met een factor 1,0 te vermenigvuldigen:

Vivium	EUR 1.088.890
Hilverzorg	EUR 815.200
TGV	EUR 2.162.609

Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

257. Zoals in randnummer 47 van de Boetecode is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling in voorkomend geval boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.
258. De Raad acht geen boeteverhogende omstandigheden in de zin van randnummer 48 van de Boetecode aanwezig.
259. De Raad acht geen van de in randnummer 49 van de Boetecode bij wijze van voorbeeld vermelde boeteverlagende omstandigheden aanwezig.
260. De *betrokken ondernemingen* hebben naar voren gebracht dat de Raad rekening zou moeten houden met het feit dat zij door de vaststelling van een overtreding van het kartelverbod door de NMa gevaar lopen in de toekomst te worden uitgesloten van productieafspraken met het zorgkantoor. Zij wijzen in dit verband op bijlage 3 bij de Zorginkoopprocedure 2008 van Agis zorgkantoren, waarin staat dat een inschrijver of gegadigde wordt uitgesloten van deelneming als die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op een grond die het zorgkantoor aannemelijk kan maken. Een door de NMa

opgelegde boete wegens overtreding van de Mededingingswet zou volgens de betrokken ondernemingen worden gekwalificeerd als het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep.¹¹⁴

261. De Raad ziet in de eventuele dreiging met uitsluiting geen reden tot boetevermindering, nu het niet een eerder door een ander overheidsorgaan opgelegde punitieve sanctie betreft. Evenmin is sprake van uitsluiting die een wettelijke grondslag heeft. Of een dergelijke uitsluiting metterdaad zal worden doorgevoerd en of deze in de civielrechtelijke verhouding tussen het zorgkantoor en de betrokken ondernemingen onder de gegeven omstandigheden ook rechtmatig kán worden doorgevoerd, mede gezien de zorgplicht die voor het zorgkantoor geldt, is bovendien aan twijfel onderhevig.¹¹⁵
262. Gelet op het voorgaande wordt de boete met inachtneming van randnummer 20 (en 47, 48 en 49 bij verhogende of verlagende factoren) van de Boetecode, maar zonder toepassing van randnummer 53 en volgende van de Boetecode, als volgt berekend:

Vivium	EUR 1.088.890
Hilverzorg	EUR 815.200
TGV	EUR 2.162.609

Bijzondere omstandigheden betreffende de thuiszorgsector

263. De Boetecode bepaalt in randnummer 53 dat de Raad de boete vaststelt op grond van de Boetecode met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de uitkomst van de berekening volgens de Boetecode afwijken, indien deze leidt tot evidente onbillijkheid. In het onderhavige geval ziet de Raad inderdaad aanleiding voor een matiging van de hierboven bij randnummer 258 aangegeven boetes op algemene gronden van billijkheid en evenredigheid.
264. In het Visiedocument AWBZ-zorgmarkten heeft de Raad aangegeven dat de NMa bij het handhavingsbeleid rekening zal houden met de beperkingen die deze markten in transitie eigen is. Beperkingen zijn enerzijds gelegen in de snelle omslag die van ondernemingen in de thuiszorgsector wordt verwacht, terwijl zij anderzijds nog onderworpen zijn aan de van overheidswege opgelegde budgetrestricties (limitering van de contracteerruimte) en maximering van de tarieven.
265. De Raad neemt in aanmerking dat de door de wetgever opgelegde omslag naar marktwerking van de ondernemingen in de thuiszorg snelle en aanzienlijke aanpassingen vergt. Mede gezien de beperkte marges legt deze omschakeling een groot beslag op de financieringsmogelijkheden. De Raad wenst te voorkomen dat de op te leggen boetes onder de gegeven omstandigheden een averechts effect hebben op de vereiste aanpassingen aan

¹¹⁴ Documentnummer 5851/167.

¹¹⁵ Zie o.a. CbB 3 juli 2008, *AUV Dierenartscoöperatie U.A.*, AWB 06/532 en 06/526 S1 (LJN: BD6629), punt 7.15.

de marktwerking en daarmee op de marktwerking zelf in het precaire stadium waarin deze nog verkeert. De Raad wil niet verhinderen dat deze ontwikkeling met kracht voortgang vindt.

266. Wat de regulering betreft, die uitvoering vindt in beleidsregels van de NZa, neemt de Raad in overweging dat deze een inherente begrenzing vormt voor de mogelijkheid tot prijsopdrijving door middel van concurrentiebeperkende afspraken ten koste van de algemene middelen van de overheid.

267. Op grond van deze combinatie van factoren matigt de Raad de op te leggen boetes met 25 procent. Na matiging bedragen de boetes:

Vivium	EUR	816.000
Hilverzorg	EUR	611.000
TGV	EUR	1.621.000

Wettelijk maximum

268. Ingevolge artikel 57, eerste lid Mw bedraagt de boete voor overtreding van die artikelen ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Gelet op de door de betrokken ondernemingen overgelegde omzetgegevens stelt de Raad vast dat dit maximum niet overschreden wordt.

Conclusie

269. De boete wordt vastgesteld op:

Vivium	EUR	816.000
Hilverzorg	EUR	611.000
TGV	EUR	1.621.000

BESLUIT

I. De Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- i) Legt aan Stichting Hilverzorg, gevestigd te Hilversum, een boete op van EUR 611.000;
- ii) Legt aan Stichting Vivium Zorggroep, gevestigd te Naarden, en aan Stichting Vivium-TGV een boete op van EUR 816.000 en stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;
- iii) Legt aan Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Centrum voor Regionale Dienstverlening, gevestigd te Huizen, met inbegrip van de met deze onderneming verbonden dochterstichting Zorgpartner en aan Stichting Vivium-TGV een boete op van EUR 1.621.000 en stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 19 september 2008

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,
overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

W.g.
R.J.P. Jansen
Lid Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.