

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6108 / 258

Betreft zaak: Kennemerland

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

INHOUDSOPGAVE

1	INLEIDING	8
1.1	Het onderzoek	8
1.2	De procedure	19
1.3	Het rapport	25
1.4	Opbouw van dit besluit	35
2	ZIENSWIJZEN EN BEOORDELING PROCEDURELE ASPECTEN	39
2.1	Vooringenomenheid NMa	39
2.2	Gebrekkig onderzoek	63
2.3	Schending beginsel van de vertrouwelijkheid communicatie advocaat en cliënt	69
2.4	Schending van artikel 6 EVRM	81
3	RELEVANTE REGELGEVING EN DE MOGELIJKHEID TOT CONCURRENTIE	86
3.1	De AWBZ	87
3.2	De financiering van de thuiszorg	103
3.3	De rol van het zorgkantoor	129
3.4	De WMO	141
3.5	De wijze waarop concurrentie mogelijk is	144
4	FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN	157
4.1	De betrokken ondernemingen	158
4.2	De activiteiten van de betrokken ondernemingen	168
4.3	De reacties van de betrokken ondernemingen op de wijzigingen in de AWBZ	171
4.4	Het Convenant	196
4.5	Gang van zaken na het sluiten van het Convenant	196
4.6	Overdracht van Velsen-zuid	196
4.7	Verdere gang van zaken	196
4.8	De reacties van de betrokken ondernemingen op de inwerkingtreding van de WMO en de aanloop tot de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst	196

4.9	Zienswijzen omtrent de feiten en omstandigheden zoals vastgesteld in het rapport en beoordeling daarvan door de Raad	196
4.10	Conclusie door de Raad over de feiten en omstandigheden	196
5	JURIDISCHE BEOORDELING	196
5.1	Artikel 6, eerste lid, Mw	196
5.2	Onderneming in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw	196
5.2.1	Overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw	196
5.2.2	Mededingingsbeperking	196
5.3	Artikel 6, derde lid, Mw en artikel 10 Mw	196
5.4	Duur van de overtreding	196
6	TOEREKENING	196
7	SANCTIE	196
7.1	Last onder dwangsom	196
7.2	Boete	196
	BESLUIT	196

1 INLEIDING

1.1 Het onderzoek

1. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) heeft op 26 april 2007 ambtshalve een onderzoek doen instellen naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen die onder meer thuiszorg aanbieden, voornamelijk in de zorgkantorregio Kennemerland, te weten:
 - Stichting Zorgbalans te Haarlem (hierna: Zorgbalans) met inbegrip van haar rechtsvoorgangers Stichting Ouderenzorg Velsen (hierna ook: SOV) en Stichting Zorgbalans Groep (hierna ook: ZBG) en
 - Stichting ViVa! Zorggroep (hierna ook: ViVa!) te Beverwijk met inbegrip van met deze onderneming verbonden rechtspersonen en rechtsvoorgangers Stichting Thuiszorg IJmond (hierna ook: TIJ) en Stichting Partners in de Zorg (hierna ook: PidZ).Deze ondernemingen worden hierna ook wel aangeduid als ‘de betrokken ondernemingen’.
1. Het onderzoek concentreerde zich op de volgende thuiszorgactiviteiten: “persoonlijke verzorging en verpleging thuis” vanaf 20 januari 2005 tot 18 december 2007, zijnde de datum van het uitbrengen van het rapport, en de thuiszorgactiviteit “huishoudelijke verzorging thuis” van 20 januari 2005 tot 1 januari 2007.
2. De aanleiding voor het onderzoek was een signaal dat de NMa eind 2006 heeft gekregen van de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) over een jaardocument van TIJ voor het jaar 2005. Passages in dit jaardocument deden vermoeden dat de betrokken ondernemingen de markt voor de thuiszorg in de zorgkantorregio Kennemerland geografisch zouden hebben verdeeld. Naar aanleiding van dat signaal heeft de NMa nader onderzoek ingesteld en openbare documenten van de betrokken ondernemingen, zoals het gezamenlijk sociaal plan voor de fusies, gezien. Deze documenten bevestigden het vermoeden van de NZa.
3. Gedurende het onderzoek heeft de NMa op 10, 11 en 12 juli 2007 bij de betrokken ondernemingen bedrijfsbezoeken uitgevoerd. Er zijn bezoeken afgelegd op diverse bedrijfslocaties van Zorgbalans en ViVa!. Van de bedrijfsbezoeken zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, welke zijn opgenomen in het dossier.¹ Daarnaast is aanvullende informatie van de betrokken ondernemingen verkregen naar aanleiding van schriftelijke vragen die de NMa heeft gesteld.²
4. 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. De resultaten van dit onderzoek zijn neergelegd in een rapport van november 2007 (hierna: ECRI-rapport) “Concurrentie in

¹ Documentnummers 6108/32, 6108/33, 6108/34 en 6108/35.

² Documentnummer 6108/89 en 6108/90.

de Thuiszorg, een analyse van de juridische en economische context”, dat eveneens is opgenomen in het dossier.³

5. Op 16 november 2007 is het feitencomplex aan de betrokken ondernemingen verzonden. Beide 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.⁴

1.2 De procedure

6. 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 vervolgens op 18 december 2007 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt.
7. Het rapport is op 18 december 2007 per koerier toegezonden aan de gemachtigden van de betrokken ondernemingen.
8. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
9. Op 15 februari 2008 zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa en tevens aan de betrokken ondernemingen toegezonden. 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.
10. De betrokken ondernemingen hebben schriftelijke zienswijzen ingediend en tevens op 10 april 2008 ten kantore van de NMa hun zienswijzen mondeling naar voren gebracht.
11. Van de hoorzitting van 10 april 2008 is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag opgemaakt. Het verslag van de hoorzitting is op 20 mei 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.
12. Op 22 mei heeft de Raad de betrokken ondernemingen verzocht de betrokken omzet van 2007 te verstrekken. Zorgbalans en Vival hebben deze gegevens op 5 juni respectievelijk 6 juni 2008 aangeleverd

³ Documentnummer 6108/144.

⁴ Documentnummers 6108/141 en 6108/142.

1.3 Het rapport

13. 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 Viva! en Zorgbalans aangeduid als de 'Deelnemende ondernemingen'.

Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden

14. Het rapport concludeert in randnummer 134 dat uit de feiten en omstandigheden "*blijkt dat de Deelnemende ondernemingen deelnamen aan de Afspraak waarmee zij in ieder geval in de periode van 20 januari 2005 tot heden⁵ voor persoonlijke verzorging thuis en verpleging thuis en in ieder geval in de periode van 20 januari 2005 tot 1 januari 2007 voor huishoudelijke verzorging thuis de markt in de zorgkantoorregio Kennemerland geografisch hebben verdeeld in een gebied ten noorden van het Noordzeekanaal, voor Viva!, en een gebied ten zuiden van het Noordzeekanaal, voor Zorgbalans. De Deelnemende ondernemingen hadden met de gedragingen als doel de concurrentie uit te sluiten.*"

De juridische beoordeling in het rapport

15. Hierna volgt een conclusie van de juridische beoordeling zoals genoemd in randnummer 174 van het rapport:
16. "*Vaststaat dat alle Deelnemende ondernemingen hebben deelgenomen aan 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 van thuiszorg in de zorgkantoorregio Kennemerland. Hun vorenbedoelde gedragingen hangen met elkaar samen, er is sprake van één voortdurende gedraging 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.*"
17. "*Ten aanzien van alle Deelnemende ondernemingen staat vast, dat zij in ieder geval in de periode van 20 januari tot en met heden voor persoonlijke verzorging thuis en verpleging thuis en in ieder geval in de periode van 20 januari tot en met 1 januari 2007 voor huishoudelijke verzorging thuis deelnemen aan de Afspraak met als doel het verdelen van de markt in de zorgkantoorregio Kennemerland in een gebied ten noorden van het Noordzeekanaal, voor Viva!, en een gebied ten zuiden van het Noordzeekanaal voor Zorgbalans.*"
18. "*De gedragingen in het kader van de Afspraak strekken ertoe 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.*"

⁵ Zijnde de datum van ondertekening van het rapport; 18 december 2007.

19. De rechtspersonen aan wie de overtreding kan worden toegerekend zijn blijkens het rapport de Stichting ViVal Zorggroep, Stichting Thuiszorg IJmond, Stichting Partners in de Zorg, Stichting Zorgbalans, mede in de hoedanigheid van rechtsopvolger van Stichting Ouderenzorg Velsen, en Stichting ZorgBalans Groep.

1.4 Opbouw van dit besluit

20. Hierna worden 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 zienswijzen. 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

2.1 Vooringenomenheid NMa

21. Zowel *Zorgbalans* als *Viva!* stellen in hun zienswijze dat de NMa vooringenomen heeft gehandeld. Dit blijkt niet alleen uit de manier waarop de NMa haar onderzoek heeft gedaan maar ook uit het op 10 januari 2008 door de NMa gepresenteerde Jaarbericht 2007. Volgens *Zorgbalans* geeft de NMa hierin expliciet aan thuiszorginstellingen te verdenken van marktverdeling, op basis hiervan onderzoek te hebben ingesteld en de eerste twee rapporten te hebben opgemaakt. *Zorgbalans* stelt dat het duidelijk moge zijn dat de gerapporteerden *Viva!* en *Zorgbalans* zijn. De NMa heeft zich hiermee 'en plein publique' gecommitteerd tot de conclusie te geraken dat de instellingen verwijtbaar hebben gehandeld. *Viva!* stelt dat de NMa zich door deze handelwijze publiekelijk al zodanig vastgelegd heeft op een bepaalde, vooringenomen, visie op de zaak dat van een objectieve afweging van de stellingen van de Directie Concurrentietoezicht tegenover het verweer van *Viva!* al bij voorbaat geen sprake meer kan zijn. Door de persmededeling en het Jaarbericht 2007 heeft de NMa zichzelf in de onmogelijkheid gesteld deze schijn te vermijden en de eigen onpartijdigheid bij voorbaat uitgesloten.
22. De vooringenomenheid zou volgens *Viva!* blijken uit de omstandigheid dat irrelevante documenten zodanig suggestief worden gepresenteerd dat deze alsnog de conclusie van de NMa ondersteunen. Hierdoor heeft de NMa zich op voorhand vastgelegd op een bepaald,

vooringenomen en onjuist standpunt dat ten onrechte heeft bijgedragen aan een zekere beeldvorming ten aanzien van de betrokken ondernemingen, waardoor van een objectieve afweging door de NMa tegenover de argumenten van ViVa! reeds nu geen sprake meer is. ViVa! verwijst in dit verband naar enkele randnummers in het rapport, waaronder randnummer 56 ten aanzien van een marketingcommunicatieplan.

23. Zorgbalans haalt ten aanzien van de vooringenomenheid hetzelfde marketingcommunicatieplan van TIJaan.⁶ Zij stellen dat het hier om een afstudeeropdracht van een HEAO student gaat en dat de NMa deze ten onrechte toerekent aan TIJ
24. Er kan naar de mening van ViVa! en Zorgbalans geen sprake zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6, tweede lid, EVRM. De NMa heeft in strijd met deze verdragsbepaling gehandeld. De schending is van een zodanige omvang dat de NMa het recht op verdere vervolging heeft verspeeld.
25. 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.
26. 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.”

27. In het persbericht dat de NMa naar aanleiding van het 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.”

⁶ Documentnummer 61080000350423.

“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.”

28. 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 niet op voorhand werd aangenomen dat er ook daadwerkelijk sprake is van een overtreding.
29. Uit het persbericht kan niet worden afgeleid dat het om mogelijke overtredingen door Stichting Zorgbalans of Stichting Viva! Zorggroep gaat. Ook tijdens de persconferentie waarin de NMa Agenda werd gepresenteerd is niet gezegd om welke regio’s of welke thuiszorginstellingen het gaat. De stelling van Zorgbalans en Viva! is dan ook onjuist.
30. Ten aanzien van het marketingcommunicatieplan dat de betrokken ondernemingen aanhalen als een voorbeeld van een document dat de NMa ten onrechte gebruikt, merkt de Raad het volgende op. In het marketingcommunicatieplan staat aangegeven dat er diverse gesprekken hebben plaatsgevonden met het bestuur van TIJ. In het voorwoord van het marketingcommunicatieplan staat:

“Voor blok 9 in het derde studiejaar aan de HEAO-CE moest een strategisch marketingcommunicatieplan worden geschreven. De keuze was om een opdracht vanuit de school uit te werken of een plan gerelateerd aan de organisatie waarin je werkzaam bent. Ik heb gekozen voor de laatste optie, het schrijven van een marketingcommunicatieplan voor Stichting Thuiszorg IJmond. Het was een uitdagende opdracht die veel (voor)werk heeft gevegd. In gesprekken met diverse mensen uit de organisatie, waaronder: [vertrouwelijk] [NMa: lid Raad van Bestuur TIJ, thans Viva!], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] is de rode lijn in het plan vormgegeven.”

31. Hieruit blijkt dat dit plan uitvoerig is besproken met het bestuur van TIJ. Het is tevens geschreven op papier van TIJ. Dat dit plan als leidraad kon dienen bij de strategie die de betrokken ondernemingen wilden ontwikkelen, blijkt voorts uit het feit dat dit document ook bij Zorgbalans is gevonden. De opmerking van Zorgbalans dat de NMa door bijvoorbeeld dit document te gebruiken, vooringenomen is, is dan ook onjuist, nu redelijkerwijs mag worden aangenomen dat TIJ dit plan ondersteunde.

2.2 Gebrekkig onderzoek

32. Zowel *Zorgbalans* als *Viva!* verwijten de NMa dat zij niet met hen noch met neutrale derden als gemeenten of het zorgkantoor Kennemerland heeft gesproken. Volgens de betrokken ondernemingen heeft het zorgkantoor de overdracht van Velsen-zuid goedgekeurd en zelfs gestimuleerd. Zij hebben daartoe een brief van het zorgkantoor overgelegd. *Zorgbalans* en *Viva!* zijn niet gehoord, terwijl ze diverse malen hebben aangegeven mondeling hun zienswijze op de 'Afspraak' en de overdracht van de activiteiten van de TIJ in Velsen-zuid te willen geven.
33. De *Raad* stelt vast dat deze stelling van *Zorgbalans* en *Viva!* reeds feitelijk onjuist is. Uit een telefoonnotitie blijkt dat de NMa contact heeft opgenomen met het zorgkantoor Kennemerland.⁷ Tevens zijn de betrokken ondernemingen door de NMa in de gelegenheid gesteld schriftelijk hun zienswijze te geven op de feiten en omstandigheden en hebben zij hiervan gebruik gemaakt.⁸ Daarbij hebben de betrokken ondernemingen op de hoorzitting van 10 april 2008 mondeling hun zienswijze kunnen geven en hebben zij voorafgaande aan deze hoorzitting schriftelijke zienswijzen ingediend. De *Raad* is van oordeel dat voor zover de betrokken ondernemingen niet in de gelegenheid zijn gesteld om tijdens de onderzoeksfase hun zienswijze in te brengen, zij hiertoe ruimschoots de gelegenheid hebben gekregen in de loop van de onderhavige procedure, met name tijdens de hoorzitting van 10 april 2008 en de in het kader daarvan ingebrachte schriftelijke zienswijzen.

2.3 Schending beginsel van de vertrouwelijkheid communicatie advocaat en cliënt

34. *Viva!* heeft aangegeven dat een e-mail⁹ uit het dossier als vertrouwelijk beschouwd moet worden op basis van het beginsel van de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt, omdat het hier een weergave van het advies van een advocaat betreft. Door deze e-mail niet als vertrouwelijk aan te merken, heeft de NMa dit beginsel geschonden.
35. De *Raad* overweegt dat het document dat volgens *Viva!* als vertrouwelijk beschouwd zou moeten worden, een e-mail betreft van een lid van de *Raad* van Bestuur van *Viva!* aan enkele werknemers van *Zorgbalans*. In deze e-mail staat het volgende: "(..) [vertrouwelijk] en ik hebben inmiddels naar de tekst van de brief gekeken en hem ook even voorgelegd aan Van Doorne. Wij stellen mede op grond daarvan enkele wijzigingen voor. Onder Vervolgzorg: de eerste zin kan blijven staan tot en met 'leveren'. De rest van de passage moet worden geschrapt want dat is een non-concurrentiebeding in het kader van de samenwerkingsovereenkomst en dat leidt tot mogelijke problemen met de NMA. Wat blijft staan is ons 'eenzijdige' voornemen om geen andere zorg dan huishoudelijke verzorging te gaan leveren. Dat is wel NMA-proof. Hetgeen bij Bestuurlijke Inrichting staat leidt mogelijk tot

⁷ Documentnummer 6108/ 115.

⁸ Documentnummers 6108/ 133 en 134, reacties: documentnummers 6108/ 141 en 142.

⁹ De desbetreffende email bevindt zich in het dossier en heeft documentnummer 6108000330118.

misverstanden. Statutair is Viva!/Thuiszorg IJmond de bestuurder. Een profiel is dan ook niet nodig. Wat wel nodig is zijn afspraken over de aansturing van de BV. Daarvan spraken wel al af dat [vertrouwelijk] eindverantwoordelijk is richting bestuur en aandeelhouders en dat [vertrouwelijk], gedetacheerd vanuit Zorgbalans, onder [vertrouwelijk] leiding de operationele aansturing gaat doen. Consensus daarover bestaat reeds. Ik stel voor om de brief nog even te herredigeren overeenkomstig het voorgaande. (...)”.

36. Naar het oordeel van de Raad kan met betrekking tot dit document geen beroep gedaan worden op het beginsel van de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt. Allereerst betreft het hier correspondentie tussen Viva! en Zorgbalans en niet tussen een externe advocaat en zijn cliënt. Viva! heeft zich in dit kader weliswaar beroepen op een arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg, waarin wordt gezegd dat deze bescherming zich ook uitstrekt tot interne nota's die enkel de tekst of de inhoud van de briefwisseling weergeven en die onder het leidinggevend personeel van de onderneming ter overdenking zijn verspreid¹⁰, maar in het onderhavige geval kan niet worden gezegd dat het hier gaat om een interne nota die enkel onder het leidinggevend personeel van de betrokken onderneming is verspreid. Bovendien geeft de e-mail niet de tekst of de inhoud van de briefwisseling met de advocaat weer. De Raad wijst in dit verband op het woord 'mede', waaruit kan worden afgeleid dat niet de letterlijke tekst van de brief in de e-mail staat weergegeven. Daar komt bij dat in de e-mail wordt gezegd 'wij stellen mede op grond daarvan enkele wijzigingen voor' en 'Ik stel voor dat'. Met 'wij' en 'ik' wordt hier gedoeld op de Raad van Bestuur van Viva! die voorstellen doet en niet op het voorstel van de onafhankelijke advocaat. De aanhalingstekens die in deze brief worden gebruikt bij het woord 'leveren', geven slechts aan dat de zin tot en met dit woord kan blijven staan. Wat betreft de aanhalingstekens bij het woord 'eenzijdige' merkt de Raad op, dat die niet aangeven dat sprake is van de weergave van het advies van de advocaat, maar dat het betreffende voornemen in werkelijkheid niet eenzijdig is, maar slechts zo genoemd wordt omdat dat NMA-proof zou zijn.

2.4 Schending van artikel 6 EVRM

37. Naar de mening van Viva! is in de door de NMa gevolgde procedure inbreuk gemaakt op de waarborgen die artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM) biedt.
38. Zo waarborgt volgens Viva! artikel 6, derde lid, onder a, EVRM dat zij in bijzonderheden op de hoogte wordt gesteld van de aard en de reden van de tegen haar ingebrachte beschuldigingen. Viva! constateert dat de NMa zich ten aanzien van de toegeschreven overtredingen heeft beperkt tot de constatering dat de overeenkomst de mededinging strekt te verhinderen, beperken of vervalsen. De NMa stelt op geen enkel moment dat de overtreding ten gevolge heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Viva! gaat ervan uit dat het Rapport zich beperkt tot de litigieuze overtreding. Zo niet, dan zou de NMa hiermee

¹⁰ GvEA 4 april 1990, *Hilti AG vs Commissie van de Europese Gemeenschappen*, T 30/89, Jur 1990, p.II-163.

tekortschieten in haar plicht ingevolge artikel 6, derde lid, onder a, EVFM waaruit volgt dat zij Viva! op de hoogte moet stellen van de aard en de reden van de tegen haar ingebrachte beschuldiging.

39. De Raad stelt vast dat Nu Viva! in dit onderdeel van haar zienswijze vooruitloopt op het besluit en het besluit binnen de kaders van het rapport blijft en net als het rapport ziet op overeenkomsten die ertoe strekken de mededinging te beperken, dit verwijt van Viva! geen doel kan treffen.

Conclusie

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

3 RELEVANTE REGELGEVING EN DE MOGELIJKHEID TOT CONCURRENTIE

41. 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

42. 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 NZa prestatiebeschrijvingen vast.¹¹

Wijzigingen AWBZ

43. 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.

¹¹ De prestatiebeschrijvingen zijn vastgelegd in de Beleidsregel prestatiebeschrijvingen extramurale zorg (www.nza.nl).

44. 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.¹² 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.
45. 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. 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 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.¹³ 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.
46. AWBZ aanbieders zijn wat de vorm van de aangeboden zorg betreft binnen een functie gehouden aan centraal vastgestelde prestatiebeschrijvingen. Uit het besluit zorgaanspraken AWBZ¹⁴ blijkt dat het de bedoeling is om de landelijke sturing te beperken tot globaal niveau: *'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 er een goede prijsvergelijking mogelijk en wordt de marktwerking verder gestimuleerd. De invulling op het niveau van specifieke producten vindt plaats door de zorgaanbieder.
47. 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.

¹² Moderniseringsmaatregelen AWBZ 2003, CTZ, september 2002.

¹³ Tweede Kamer, 2003, Modernisering AWBZ, 26 631, nr. 55.

¹⁴ Besluit zorgaanspraken AWBZ, 25 oktober 2002, Stb. 2002, 527.

48. 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 2004.¹⁵ 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

49. 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.

3.2 De financiering van de thuiszorg

Inleiding

50. 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.
51. Een thuiszorginstelling is voor zijn financiering voornamelijk afhankelijk van de budgetten die door het zorgkantoor ter beschikking worden gesteld. Het zorgkantoor kent van elkaar te onderscheiden budgetten, te weten het garantiebudget en de vrij besteedbare ruimte.

Garantiebudget

52. 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 de 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 Kennemerland, het zorgkantoor waarmee de thuiszorginstellingen uit de onderhavige zaak te maken hadden, had het garantiebudget in 2007 bepaald op 95% van de productieafsprake 2006.
53. 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

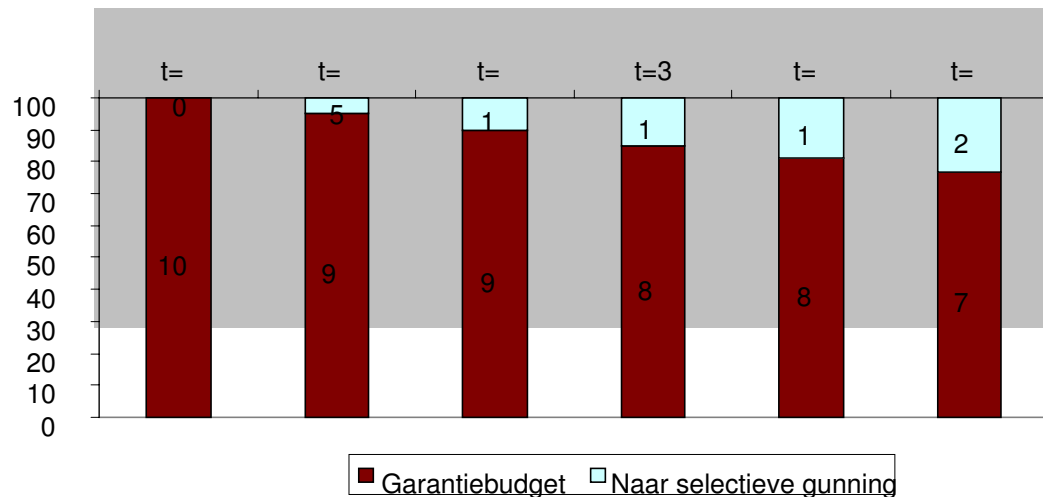
¹⁵ Visiedocument AWBZ-zorgmarkten, NMa, januari 2004.

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 zijn 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.¹⁶

54. Een thuiszorgaanbieder die weinig geproduceerd heeft, kan dus een lagere productieafsprake krijgen, een thuiszorgaanbieder die goed presteert, (onder bepaalde voorwaarden en in beperkte mate) een hogere. Indien een zorgaanbieder en zorgkantoor het hierover eens worden, gaat dat relatief gemakkelijk. Als de zorgaanbieder niet met de wijziging van de afspraak akkoord gaat, moet het zorgkantoor de eenzijdige wijziging van de productieafsprake aan de NZa ter goedkeuring voorleggen. De NZa keurt de 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 productieafsprake, maar op het resultaat van één van de herschikkingsronden. Vaak is het die van de zomer, omdat de garantiebudgetten voor het volgende jaar al worden vastgesteld voordat de gewijzigde productieafsprake van het najaar rond is.
55. 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.
56. 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'.

¹⁶ Documentnummer 6108/144, ECRI-rapport.

57. Het potentiële verlies aan productievolume is in onderstaande figuur geïllustreerd (uitgaande van een garantiebudget van 95% zoals gehanteerd door zorgkantoor Kennemerland):



Vrij besteedbare ruimte

58. 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 een garantiebudget heeft daarmee gevolgen voor het 'vrij besteedbare volume' van het zorgkantoor. Hoe groter een garantiebudget is, hoe kleiner het 'vrij besteedbare volume' van een zorgkantoor is. Hoe kleiner de vrij besteedbare ruimte 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 thuiszorgaanbieders, waarbij zowel bestaande aanbieders als ook toetreders mee kunnen dingen (de zogenaamde selectieve gunning).¹⁷
59. Een thuiszorginstelling heeft er dus belang bij via het 'vrij besteedbare volume' de in dit voorbeeld resterende 5% van de door haar te verlenen zorg te financieren om haar bestaande productiecapaciteit in stand te houden.
60. In het ECRi-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'.*

¹⁷ Documentnummer 6108/144, ECRi-rapport.

Tussenconclusie

61. 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 én 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

62. Voor het financieren van de AWBZ-zorg heeft het zorgkantoor¹⁸ voor zijn regio de beschikking over een bepaald budget, de regionale contacteerruimte.¹⁹ Deze contracteerruimte vormt de bovengrens van de productieafspraken die het zorgkantoor in totaal met zorgaanbieders mag maken.
63. 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
64. 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 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 Kennemerland

65. Het zorgkantoor Kennemerland gunde in 2007 aan bestaande aanbieders een garantiebudget ter hoogte van 95% van de productieafpraak 2006.²² De 5% die hiermee wordt vrijgemaakt, het vrij besteedbare volume, wordt toegekend op basis van een rangordeningslijst die tot stand komt na beoordeling van de offertes aan de hand van wegingcriteria. Nieuwe zorgaanbieders

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.

²⁰ Documentnummer 6108/144: ECFI-rapport, p. 20.

²¹ Documentnummer 6108/144: ECFI-rapport, p. 15-16 en 42.

²² Contracteer en inkoopbeleid van Zorgkantoor Kennemerland 2007, documentnummer 6108/146.

kunnen een offerte indienen en meedingen naar een deel van het vrij besteedbare volume. De wegingcriteria hebben betrekking op kwaliteit en prijs.²³

66. Het zorgkantoor Kennemerland houdt gedurende het jaar de door de thuiszorginstellingen verleende zorg bij. In juni/juli en in september/oktober kunnen er aanvullende productieafspraken gemaakt worden, waarbij zowel op over- als op onderproductie kan worden ingespeeld, hoewel overproductie niet steeds gehonoreerd zal kunnen worden. 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.

Tussenconclusie

67. Het zorgkantoor heeft de mogelijkheid sturing te geven aan kwaliteit, prijs en volume maar ook aan de mogelijkheid tot concurrentie; het kan de concurrentie stimuleren dan wel ontmoedigen. Hoewel zorgkantoor Kennemerland voor de in de regio gevestigde 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 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.
69. Net als bij de AWBZ-thuiszorg kunnen cliënten ook bij 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 in de tweede plaats om cliënten voor zich te winnen.

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, zal moeten worden bekeken 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.²⁴

²³ Contracteer en inkoopbeleid van Zorgkantoor Kennemerland 2007, documentnummer 6108/146.

²⁴ Documentnummer 6108/144, ECRI-rapport, p. 8-14.

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 zodanig 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 de zorgaanbieder de resultaten van overleg tussen thuiszorginstelling, 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 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 diënten te voorzien*'.²⁵
74. De functiegerichte benadering maakt het voor zorgaanbieders ten aanzien van de samenstelling van hun aanbod mogelijk om er voor te kiezen zich te richten op één of enkele functies.²⁶

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.

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.

²⁵ Brief van de Staatssecretaris van VWS van 29 augustus 2003, Modernisering AWBZ, TK 2002-2003, 26 631, nr. 55, p. 4.

²⁶ 'Signalement toelating instellingen AWBZ', College voor Zorgverzekeringen, Diemen, 2004.

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 thuiszorginstellingen 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.

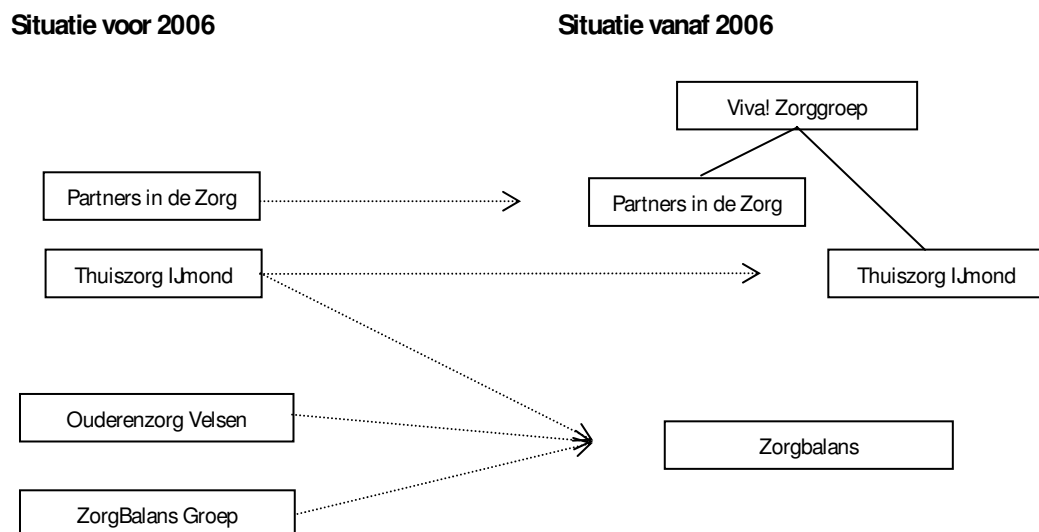
4.1 De betrokken ondernemingen

79. Stichting Zorgbalans (Zorgbalans) is een stichting naar Nederlands recht, die statutair gevestigd is te Haarlem. Uit haar statuten blijkt dat Zorgbalans intramurale en extramurale zorg aanbiedt. Zorgbalans is voornamelijk actief in het zuiden van zorgkantoorregio Kennemerland.
80. Stichting Ouderenzorg Velsen (SOV) was een stichting naar Nederlands recht, die statutair gevestigd was te Velsen. SOV is per 1 januari 2006 gefuseerd met Stichting ZorgBalans Groep (ZBG) tot Zorgbalans en is per 1 januari 2006 opgehouden te bestaan. Uit de statuten blijkt dat SOV intramurale en extramurale zorg aanbod. SOV was voornamelijk actief in de gemeente Velsen in zorgkantoorregio Kennemerland.²⁷
81. Stichting Zorgbalans Groep (ZBG) was een stichting naar Nederlands recht, die statutair gevestigd was te Haarlem. ZBG is per 1 januari 2006 gefuseerd met SOV tot Zorgbalans en is per 1 januari 2006 opgehouden te bestaan. Uit haar statuten blijkt dat ZBG intramurale en extramurale zorg aanbod. ZBG was actief in de gemeenten Heemstede, Haarlem, Hillegom, Bloemendaal, Zandvoort en Bennebroek.²⁸ Behalve Hillegom zijn dit gemeenten in het zuiden van zorgkantoorregio Kennemerland.
82. ViVa! Zorggroep (Viva!) is een stichting naar Nederlands recht, die statutair gevestigd is te Beverwijk. Viva! biedt, via haar dochterstichtingen Thuiszorg IJmond (TIJ) en Partners in de Zorg (PidZ), intramurale en extramurale zorg aan, voornamelijk in zorgkantoorregio Kennemerland. Viva! is op 30 december 2005 opgericht en daarmee de bestuurder geworden van TIJ en PidZ. Vanaf 30 december 2005 tot 9 maart 2006 was de statutaire naam van Viva!: "Stichting TIJPartners in de Zorg".

²⁷ Fusiedocument SOV en ZBG van november 2004, documentnummer 61080000320150.

²⁸ Idem voetnoot 27.

83. TIJ is een stichting naar Nederlands recht, die statutair gevestigd is te Beverwijk. Viva! is sinds 30 december 2005 enig statutair bestuurder van TIJ. Volgens de statuten biedt TIJ extramurale zorg aan, voornamelijk in de gemeenten Beverwijk, Castricum, Heemskerk, Uitgeest en Velsen. Dit zijn gemeenten in het noorden van de zorgkantorregio Kennemerland.
84. PidZ is een stichting naar Nederlands recht, die statutair gevestigd is te Heemskerk. Viva! is sinds 30 december enig statutair bestuurder van PidZ. Uit haar statuten blijkt dat PidZ intramurale en extramurale zorg aanbiedt en voornamelijk actief is in het noorden van zorgkantorregio Kennemerland.
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 zoals gezegd de volgende functies: persoonlijke verzorging thuis 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 De reacties van de betrokken ondernemingen op de wijzigingen in de AWBZ

87. Om de hierna te bespreken afspraken tussen de betrokken ondernemingen op een juiste manier te kunnen duiden is het nodig de voorgeschiedenis te kennen. Om deze reden wordt hieronder eerst ingegaan op de voorgeschiedenis die al in oktober 2003 en derhalve al ruim

voor het tot stand brengen van de betrokken afspraken, een aanvang nam. Er worden (delen van) documenten weergegeven waaruit de reactie en anticipatie van de betrokken ondernemingen op de inwerkingtreding van de voorziene wijzigingen in de AWBZ blijkt en die van belang zijn voor de context waarbinnen het Convenant Zuid-Kennemerland/Midden-Kennemerland en de overdracht van Velsen Zuid zijn tot stand gekomen.

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.
89. In het marketingcommunicatieplan van TIJ van oktober 2003 wordt een concurrentieanalyse beschreven:²⁹

'TIJ kent sinds 2003 binnen het product huishoudelijke verzorging concurrentie op de aanbiedermarkt. Als potentiële concurrenten kunnen alle zorgaanbieders in de regio worden beschouwd. Om deze concurrentie in de toekomst te kunnen ondervangen zijn allianties/samenwerkingsverbanden gestart met diverse partners in de zorg.'

90. In de conceptversie van de "Nota Strategisch Toekomstperspectief Thuiszorg IJmond" van juli 2004 worden door de Raad van Bestuur van Thuiszorg IJmond de organisatorische ontwikkelingen als volgt beschreven:³⁰

'(..) Eind vorige eeuw was TIJ in allerlei opzichten in een moeilijke situatie geraakt. (...) De afgelopen jaren is door velen hard gewerkt aan het herstel. (...) Het herstel was geënt op de idee van een zelfstandige, onafhankelijke organisatie. Inmiddels zijn er dermate grote veranderingen op komst dat het tijd is om na te denken over dat idee. Met andere woorden wil TIJ die zelfstandige, onafhankelijke organisatie blijven of kiest ze voor verregaande samenwerking met andere organisaties. In deze notitie komen dat vraagstuk en de strategische keuzes die TIJ daarbij maakt aan de orde.

1. Ten zuiden van het Noordzeekanaal

TIJ werkt in Velsen nauw samen met de Stichting Ouderenzorg Velsen (SOV).

2. Ten noorden van het Noordzeekanaal

Begin 2003 is de Stichting Partners in de Zorg (PidZ) tot stand gekomen, die alle verpleeg- en verzorgingstehuizen omvat in de gemeenten Beverwijk, Castricum, Heemskerk, Heiloo en Uitgeest.'

91. In bovengenoemde nota worden de strategische keuzes die TIJ kan maken tegen de achtergrond van de geschetste ontwikkelingen, samengevat in een vijftal scenario's. Het Fusiedocument van de Raden van Bestuur van PidZ en TIJ, genaamd "de Zorg, de Partners, de Samenwerking" (Fusiedocument) van september 2004 bevat ook een

²⁹ Documentnummer 61080000350431.

³⁰ Documentnummer 61080000320043.

weergave van dit vijftal scenario's.³¹ Dit Fusiedocument is bij alle betrokken ondernemingen aangetroffen.³²

92. De in het Fusiedocument geschetste scenario's hebben betrekking op verschillende mogelijkheden voor onderlinge samenwerking respectievelijk concentratie van de vier (oorspronkelijk vijf) partijen.³³ Het eerste scenario houdt in dat de partijen zelfstandig blijven, het vijfde en laatste scenario impliceert een fusie tussen alle partijen samen en het vierde scenario, dat daadwerkelijk gerealiseerd is, houdt in dat er twee concentraties en een overdracht plaatsvinden. Het Fusiedocument van PidZ en TIJ zegt over de verschillende scenario's onder meer het volgende:³⁴

'Scenario's

De strategische keuzes die PidZ en TIJ kunnen maken tegen de achtergrond van bovengeschetste ontwikkelingen en gevolgen daarvan zijn samen te vatten in een vijftal scenario's:

- 1. Zelfstandig*
- 2. Fusie TIJ en SHDH/SOV/ZB; PidZ zelfstandig*
- 3. Fusie TIJ en PidZ*
- 4. Gedeeltelijke fusie TIJ met SHDH/SOV/ZB; gedeeltelijke fusie tussen TIJ met PidZ*
- 5. Fusie SHDH/SOV/ZB/TIJ'*

Over het eerste scenario wordt opgemerkt:

"Ad 1. Zelfstandig

PidZ en TIJ kunnen er in principe voor kiezen om zelfstandige organisaties te blijven. Beide organisaties zullen dan de concurrentie (moeten) aangaan, in eerste instantie in de aanleunwoningen en later ook elders

De keuze voor dit scenario betekent dat de ingeslagen weg op het terrein van de samenwerking wordt verlaten.

(..)

Mét alle wijzigingen in wet- en regelgeving op komst is dit scenario misschien wel denkbaar maar uiterst risicovol voor beide organisaties

Naar de mening van de Raden van Bestuur leidt het alleen maar tot verliezers."

Over het vierde scenario wordt opgemerkt:

"Ad 4. Gedeeltelijke fusie TIJ met SHDH/SOV/ZB; gedeeltelijke fusie TIJ met PidZ

In dit scenario zou TIJ voor de activiteiten ten zuiden van het kanaal fuseren met SHDH/SOV/ZB en ten noorden met PidZ.

Voor alle organisaties heeft dit als voordeel dat in de beide gebieden tussen de fuserende partners geen concurrentie ontstaat en de ontwikkeling naar geïntegreerde wijkzorg kan worden voortgezet.

(..)"

³¹ Documentnummers 61080000320001-320004 en 61080000340236-340238.

³² Documentnummers 61080000320001; 61080000320060; 61080000340232 en 61080000350561.

³³ In de loop van de herfst van 2004 wordt bekend dat SHDH zich heeft terug getrokken uit de fusiebesprekingen; verslag van het GTO Thuiszorg IJmond en Partners in de Zorg, d.d. 13 december 2004; documentnummer 61080000320159.

³⁴ Documentnummer 61080000320001 tot en met 320004.

Over het vijfde scenario wordt opgemerkt:

“Ad 5. Fusie SHDH/SOV/ZB/PidZ

Dit scenario heeft voor TIJ alle voordelen van de onder 2, 3 en 4 genoemde scenario's en ondervangt alle nadelen van die scenario's (...).’

93. Het Fusiedocument meldt dat PidZ niet voelt voor de vorming van één grote organisatie:
‘PidZ kiest uitdrukkelijk niet voor de vorming van zo'n grote organisatie. Betrokken partijen, te weten de Raden van Bestuur van SHDH/SOV/ZB enerzijds en PidZ anderzijds, (zijn) van mening dat er geen draagvlak is voor een dergelijke grote fusie (...).’
94. TIJ en PidZ kiezen daarom voor het vierde scenario. Het Fusiedocument geeft hiervoor de volgende verklaring:
‘Alle voor- en nadelen van de verschillende scenario's afwegend biedt een variant op het vierde scenario naar mening van de raden van Bestuur van PidZ en TIJ de meeste voordelen en de minste nadelen. Zij kiezen dan ook voor deze variant, waarbij twee zorgorganisaties ontstaan, waarvan het werkgebied in principe wordt begrensd door het Noordzeekanaal. De zorgverlening van TIJ in Velsen fuseert met SHDH/SOV/ZB en in het overige werkgebied met PidZ. (...) Deze voorkeursvariant wordt door alle Raden van Bestuur van de betrokken organisaties onderschreven. Deze overeenstemming zal worden neergelegd in een door alle partijen op korte termijn vast te stellen convenant. (...) Partijen zullen ook een gezamenlijk plan van aanpak maken, waarin de verschillende processtappen worden beschreven en een gezamenlijke tijdsplanning wordt vastgelegd. Tenslotte zal een continue afstemming van de ontwikkeling en de verschillende processtappen moeten plaatsvinden.’
95. In de notulen van het overleg tussen cliëntenraad en de Raad van Bestuur van TIJ van 13 oktober 2004 wordt de stand van zaken met betrekking tot TIJ en de samenwerking met partners besproken:³⁵
‘Door wijzigingen in de AWBZ zijn landelijk alle thuiszorginstellingen in beweging. De antwoorden daarop van de diverse organisaties verschillen. De organisaties in deze regio kiezen ervoor samen te werken in plaats van elkaar te beconcurreren.’
96. In een verslag van het Gemandateerd Raden van Toezicht Overleg tussen TIJ en PidZ van 28 oktober 2004 wordt het volgende opgemerkt³⁶:
‘Maandag 1 november staat weer een overleg gepland tussen TIJ, PidZ, Zorgbalans, SOV en SHDH, waar het traject beneden het kanaal wordt vastgesteld.’

³⁵ Documentnummer 61080000320430.

³⁶ Documentnummer 61080000320165/166.

97. In november 2004 wordt een plan van aanpak³⁷ gemaakt voor de fusie tussen TIJen PidZ en stellen ook de Raden van Bestuur van ZBG en SOV een intentieverklaring tot fusie op, getiteld: 'En nu samengaan, de visie, de vorm en het bestek'. Uit die intentieverklaring blijkt dat partijen verschillende kansen maar ook bedreigingen zien:³⁸

'Voor onze instellingen liggen er kansen en bedreigingen die het gevolg zijn van de trendbreuken enerzijds en de nieuwe trends anderzijds. De belangrijkste bedreigingen voor de komende drie jaar zijn: forse inhoudelijke veranderingen ten aanzien van de omvang van het AWBZ-pakket (...) toenemende marktwerking, waarin prijs en volume AWBZ-breed niet meer gegarandeerd zijn en het ontstaan van nieuwe concurrentieverhoudingen binnen en buiten de AWBZ.'

98. Uit de intentieverklaring wordt tevens duidelijk dat partijen er voor willen kiezen samen te werken in plaats van te concurreren:

'Wij hebben ons afgevraagd welke plaats wij willen binnen het kader van maatschappelijke behoeften en van maatschappelijke trends. Wij hebben de conclusie getrokken dat in deze dynamische markt samen opereren beter is dan ieder voor zich en in concurrentie met elkaar.'

99. In een brief aan de medewerkers van TIJ van 12 november 2004 wordt uitgelegd dat de thuiszorg in de IJmond in de toekomst het meest gebaat is bij de volgende eindsituatie:³⁹

'Het Velsense deel van Thuiszorg IJmond fuseert met de nieuwe zorgorganisatie ten zuiden van het Noordzee kanaal. Voor de rayons Beverwijk en Castricum, Heemskerk en Uitgeest fuseert Thuiszorg IJmond met Partners in de Zorg tot een nieuwe organisatie ten noorden van het Noordzee kanaal. De regio-overstijgende activiteiten (Jugdgezondheidszorg, Specifieke en Aanvullende Diensten) worden ondergebracht in gezamenlijke nevenbedrijven van nieuwe zorgorganisaties. Het uitgebreide externe overleg heeft ertoe geleid dat alle samenwerkingspartners het met deze eindsituatie eens zijn. Binnenkort zal dat ook in een door alle partijen te ondertekenen convenant worden vastgelegd. Het is de bedoeling dat deze eindsituatie op 1 januari 2006 wordt bereikt.'

100. Op 9 december 2004 schrijft de heer [vertrouwelijk], lid van de Raad van Bestuur van Viva! aan de Raad van Toezicht:⁴⁰

'De voorgestelde constructie is als volgt: Zorgbalans en SOV fuseren en nemen het Velsense deel van TIJ over, terwijl tegelijkertijd de gezamenlijke nevenbedrijven worden opgericht vanuit

³⁷ Documentnummer 61080000320157A.

³⁸ Documentnummers 61080000320094 en 61080000350957.

³⁹ Documentnummer 610810025832.

⁴⁰ Documentnummer 61080000320320.

Zorgbalans en TIJ Het is de bedoeling dat er nog een aparte intentieverklaring komt van TIJ met Zorgbalans en SOV, waarin dit wordt neergelegd. (...).'

101. In een verslag van het Gemandateerd Raden van Toezicht overleg TIJ en PidZ van 13 december 2004 wordt de verdeling van de gebieden in de regio nog eens benadrukt:⁴¹
- 'Op 12 januari staat het tekenen gepland van de intentieverklaring van zowel PidZ en TIJ als SOV en Zorgbalans. Recent is duidelijk geworden dat SHDH zich heeft teruggetrokken uit de fusiebesprekingen. Onder het kanaal wordt nu aan de volgende constructie gedacht: SOV en Zorgbalans fuseren en nemen een (relatief klein) deel van de Thuiszorg over.'*

Tussenconclusie

102. De Raad stelt vast dat de betrokken ondernemingen in reactie op de voorziene wijzigingen in de wet- en regelgeving met elkaar in overleg zijn gegaan en hebben besloten om met elkaar samen te werken in plaats van te concurreren en om daartoe twee organisaties tot stand te brengen, één onder en één boven het Noordzeekanaal.

4.4 Het Convenant

103. Op 20 januari 2005 hebben partijen deze voornemens neergelegd in het "Convenant Zuid-Kennemerland/Midden-Kennemerland" (Convenant). Dit Convenant is door SOV, PidZ, TIJ en ZBG ondertekend en bij Viva! en Zorgbalans gevonden. In het Convenant zijn de volgende overwegingen en doelen omschreven:⁴²

' Convenant

Ondergetekenden,

- Stichting Ouderenzorg Velsen, gevestigd te Velsen, ten deze vertegenwoordigd door haar voorzitter van de Raad van Bestuur
- Stichting Partners in de Zorg, gevestigd te Heemskerk, ten deze vertegenwoordigd door haar Raad van Bestuur
- Stichting Thuiszorg IJmond, gevestigd te Beverwijk, ten deze vertegenwoordigd door haar Raad van Bestuur
- Stichting ZorgBalans Groep, gevestigd te Haarlem, ten deze vertegenwoordigd door haar voorzitter van de Raad van Bestuur.

Overwegende dat:

- er grote veranderingen plaatsvinden in de wet- en regelgeving op het terrein van de gezondheidszorg
- die veranderingen van grote invloed zijn op de toekomstige financiering van de instellingen die door ondergetekenden worden geëxploiteerd.
- ondergetekenden in hoofdlijnen een gedeelde visie hebben ten aanzien van de toekomstige vormgeving van de zorg en de dienstverlening die zij bieden en die zij op basis van die visie intensieve samenwerking noodzakelijk achten,

⁴¹ Documentnummer 61080000320159.

⁴² Documentnummer 61080000350569.

- die samenwerking grote veranderingen met zich meebrengt voor organisaties en medewerkers
- gezien de aard en omvang daarvan een gezamenlijke aanpak noodzakelijke is.

Verklaren bij deze overeen te komen als volgt:

1 Doel

Partijen wensen gezamenlijk vorm te geven aan een proces leidend tot twee zorgorganisaties, met als respectievelijke primaire werkgebieden Kennemerland ten noorden en Kennemerland ten zuiden van het Noordzeekanaal.

Partijen wensen voorts tot stand te brengen enkele gezamenlijke nevenbedrijven van beide zorgorganisaties, waarin activiteiten worden ondergebracht die genoemde werkgebieden overstijgen.

Partijen wensen ten slotte via een zorgvuldig proces deze transformatie te doen plaatsvinden.

(..)

3.3 Vormgeving

- Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting Zorgbalans Groep ondertekenen een intentieverklaring inzake een voorgenomen fusie tussen beide organisaties; beide partijen tekenen gezamenlijk een overeenkomst met Thuiszorg IJmond in Velsen en de nieuwe organisatie die uit bedoelde fusie ontstaat, (..).⁴³

4.5 Gang van zaken na het sluiten van het Convenant

104. De eensluidende toelichting op de samenwerking die door TIJen PidZ wordt gegeven in de informatieset over de samenwerking tussen TIJen PidZ van februari 2005, luidt als volgt:⁴³

'Het afgelopen jaar hebben de betrokken Raden van Bestuur [NMa: het gaat hier om de Raden van bestuur van Viva!, Zorgbalans, TIJen PidZ] met elkaar gesproken over de huidige en toekomstige ontwikkelingen in de zorgsector en de consequenties daarvan voor de organisaties. Dit heeft geleid tot de conclusie dat de organisaties intensiever met elkaar zouden moeten samenwerken om op die ontwikkelingen in te kunnen spelen. (...) Tegen deze achtergrond is besloten een convenant aan te gaan waarin is afgesproken gezamenlijk te streven naar een situatie waarin twee zorgorganisaties ontstaan, met als primaire werkgebieden Kennemerland ten noorden en Kennemerland ten zuiden van het Noordzeekanaal.'

105. In een risicoanalyse van PriceWaterhouseCoopers over de fusie tussen Stichting Partners in de Zorg en Stichting Thuiszorg IJmond, van 9 maart 2005, worden enkele ontwikkelingen weergegeven die de zorgorganisaties zouden kunnen beïnvloeden, waarbij onder andere wordt gewezen op de NMa.⁴⁴

'De NMa heeft bepaald dat de AWBZ zorg moet worden gekarakteriseerd als een economische activiteit in de zin van de Mededingingswet. Voor de toepassing van de wettelijke concentratiecontrole dient sprake te zijn van een concentratie tussen twee of meer ondernemingen waarbij er tenminste twee een omzet in Nederland behalen van ten minste EURO 30 miljoen en gezamenlijk een omzet van EURO 113,45 miljoen. De omzet van PidZ bedraagt circa

⁴³ Documentnummer 61080000320056.

⁴⁴ Documentnummer 61080000320939.

[vertrouwelijk] miljoen en van Tij [vertrouwelijk] miljoen. De gezamenlijke omzet blijft dus ruim onder de grens van EUR 133 miljoen. Bovendien worden naar onze mening de huidige aanbodverhoudingen door de fusie niet verstoord. Dit ligt genuanceerder voor de afspraak die gemaakt is tussen PidZ/ TIJ en Zorgbalans Groep/ Stichting Ouderenzorg Velsen.'

106. In het verslag van het Gemandateerd Raden van Toezicht Overleg (GTO) TIJ en PidZ van 10 maart 2005, wordt de risicoanalyse zoals hierboven weergegeven, als volgt uitgelegd:⁴⁵

'Risicoanalyse d.d. 7 maart 2005

Pagina 2,

Goedkeuring fusie door NMa (2005)

Met de zin: "Dit ligt genuanceerder voor de afspraak die gemaakt is tussen PidZ/ TIJ en ZorgBalans roep/ Stichting Ouderenzorg Velsen", wordt bedoeld, dat er geen afspraken mogen worden gemaakt over het exploiteren van activiteiten in elkaars werkgebied.'

107. In het Sociaal Plan ten behoeve van fusies en reorganisaties 2005-2007, van PidZ en Zorgbalans, van 1 juli 2005 staat het volgende:⁴⁶

'De Raden van bestuur van PidZ, SOV, TIJ en ZB hebben besloten tot fusies en reorganisaties zoals toegelicht in de inleiding van dit Sociaal Plan. (...) Er is sprake van fundamentele veranderingen in de wet- en regelgeving. (...) Thuiszorg IJmond (TIJ) en Partners in de Zorg (PidZ) met als werkgebied Kennemerland ten noorden van het Noordzeekanaal enerzijds en Stichting Ouderenzorg Velsen (SOV) en ZorgBalans Groep (ZBG) met als werkgebied Kennemerland ten zuiden van het Noordzeekanaal anderzijds, hebben vastgesteld dat een deel van deze veranderingen vanwege de relatief beperkte omvang van de afzonderlijke instellingen niet op eigen kracht zijn te realiseren en dat het bundelen van hun krachten in de vorm van fusie voorwaarde is om – ook op de langere termijn – de noodzakelijke veranderingen te kunnen realiseren. In voorbereiding zijn dan ook fusies van de TIJ en PidZ enerzijds en SOV/ ZBG anderzijds

De twee fusieorganisaties zullen zowel in de uitvoering van de fusies als in toekomstige ontwikkelingen nauw met elkaar samenwerken. Zo zal de dienstverlening van de TIJ in het rayon Velsen inclusief mensen en middelen worden overgedragen aan de ZBG en overwegen de twee nieuwe fusieorganisaties nevenbedrijven tot stand te brengen, waarin activiteiten worden ondergebracht die genoemde werkgebieden overstijgen.'

108. In het verslag van een vergadering tussen de Raden van Bestuur van Viva! Zorggroep en Zorgbalans van 27 maart 2006 staat:⁴⁷

⁴⁵ Documentnummer 61080000320183.

⁴⁶ Documentnummer 61080000320651.

⁴⁷ Documentnummers 61080000321034 en 61080000321035.

'Zorgbalans en Viva! Zorggroep zullen maximale krachten ontwikkelen om de concurrentie in de markt te voorkomen. Daarbij is van belang dat je de eigen organisatie op orde hebt omdat je dan marktconcurrentie aankan.'

Tussenconclusie

109. Bij het Convenant hebben de betrokken ondernemingen ervoor gekozen via fusies en een overdracht van een deel van de activiteiten twee nieuwe organisaties tot stand te brengen, ieder met een eigen werkgebied: ten noorden respectievelijk ten zuiden van het Noordzeekanaal. Tevens hebben de betrokken ondernemingen afgesproken om de aldus tot stand gebrachte gebiedsverdeling in stand te houden en niet met elkaar te concurreren. Dat deze interpretatie aan het Convenant gegeven moet worden, blijkt naar het oordeel van de Raad behalve uit de hierboven in de randnummers 93, 94 en 97 al weergegeven voorgeschiedenis, ook uit de gang van zaken na het sluiten van het Convenant, zie bijvoorbeeld de randnummers 103, 106 en 107, en uit de wijze van overdracht van Velsen-zuid en de verdere gang van zaken die hieronder wordt besproken.

4.6 Overdracht van Velsen-zuid

110. De in het Convenant afgesproken werkgebieden komen grotendeels overeen met de werkgebieden waarop de betrokken ondernemingen van oudsher actief waren, met uitzondering van de activiteiten van TIJ in het rayon Velsen-zuid. TIJ was van oudsher actief ten noorden én ten zuiden van het Noordzeekanaal. In het Convenant spreken partijen onder 3.3 af dat de thuiszorgactiviteiten in Velsen-zuid worden overgedragen aan de nieuwe organisatie die ontstaat uit de fusie tussen SOV en ZBG ten zuiden van het Noordzeekanaal.
111. Naar aanleiding van de overdracht van TIJ Velsen Zuid aan Zorgbalans wordt in een notitie van 30 maart 2006 van een controller van SOV aan onder andere mevrouw [vertrouwelijk] van Zorgbalans, opgemerkt:⁴⁸

'Het contract lijkt te zijn opgesteld vanuit het perspectief van TIJ. Ik mis hierbij het benoemen van de intenties die wijzen op de verregaande samenwerking die tussen de organisaties wordt nagestreefd.'

112. In een notitie inzake het aangaan van de overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van zekere activa tussen TIJ en Zorgbalans van 13 april 2006 staat:⁴⁹

'In het najaar van 2004 verraste [vertrouwelijk] (NMA: de heer [vertrouwelijk], bestuurder van TIJ, thans Viva!) ons door te vertellen dat hij bereid was om in het licht van de geambieerde samenwerking de thuiszorgformatie en -productie aan ons over te dragen. Een lang gekoesterde

⁴⁸ Documentnummer 61080000341304.

⁴⁹ Documentnummer 61080000340154.

Velsense ambitie kon daarmee vormgegeven worden: het aanbieden van een geïntegreerd pakket aan zorg en diensten vanuit één hand.

Wij hebben ons daarover zeer verbaasd omdat de exploitatie van een thuiszorgorganisatie bijna staat of valt bij volume. Bij de TIJ zou er een derde vanaf gaan. Kortom een zeer genereus aanbod van een man, die wist daarmee een groot financieel risico te lopen en durfde te anticiperen op de voordelen van verdere samenwerking. Hij vroeg ook geen koopsom.'

113. Tevens wordt in een memo voor de vergadering van de Raad van Toezicht en Advies van Zorgbalans van 20 juni 2006 hierover opgemerkt:⁵⁰

'Eind 2004 heeft de bestuurder van de toenmalige TIJ (thans gefuseerd in Viva!Zorggroep) ons de thuiszorg in Velsen aangeboden. Dit ongewone aanbod kan uitgelegd worden doordat duidelijk werd dat er twee bevriende organisaties zouden gaan ontstaan, één onder het kanaal en één boven het kanaal, die in gezamenlijkheid nevenbedrijven en activiteiten zouden gaan vormgeven respectievelijk bundelen. Het behouden van een deel van de productie van de ene partner in het gebied van de andere partner zou op gespannen voet kunnen staan met een hechte collegiale samenwerking. In 2005 hebben wij afgesproken dat de overdracht feitelijk zou zijn gerealiseerd per 1-1-2006, de fusiedatum van beide nieuwe organisaties. De overdracht van de thuiszorgmedewerkers, de diënten en de bedrijfsvoering is goedgekeurd door de toenmalige RvT&A en in het vierde kwartaal van 2005 gerealiseerd en geïntegreerd in de thuiszorgfunctie van Zorgbalans.'

114. Op 30 juni 2006 wordt ter uitvoering van het Convenant de overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van zekere activa tussen Zorgbalans en TIJ gesloten, waarbij rayon Velsen wordt overdragen:⁵¹

'OVERWEGENDE DAT:

(..)

- (A) Verkoper (TIJ) zich onder meer toelegt op het verlenen van extramurale zorg waar verzekeren op grond van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten aanspraak op hebben in een Partijen genoegzaam bekend geografisch gebied gelegen ten zuiden van het Noordzeekanaal;

(..)

- (C) Verkoper en koper overeenstemming hebben bereikt omtrent de koop, verkoop en overdracht van een zelfstandig deel van de onderneming van koper, te weten de activiteiten omschreven in overweging (A) met uitzondering van de activiteiten die door de afdeling Specifiek en aanvullende Diensten van Verkoper in het betreffende gebied worden verricht en die partijen genoegzaam bekend zijn (hierna: "**Thuiszorgactiviteiten Zuid**"), onder de hierna opgenomen bepalingen, voorwaarden en garanties, waarna de Thuiszorgactiviteiten Zuid met behoud van samenhang in dezelfde functie als voorheen door de Koper zullen worden verricht. "

(..)

⁵⁰ Documentnummer 61080000340330.

⁵¹ Documentnummers 61080000340870, -34875, -340888.

VERKLAREN TE ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT:

(..)

3.1 de koopprijs voor de Thuiszorgactiviteiten Zuid is gelijk aan de boekwaarde van de Inventaris zoals afgeleid uit de **Bijlage Activa Passiva transactie** per de effectieve datum.

(..)

15 Non-concurrentiebeding;

15.1 Tenzij Partijen anders overeenkomen zal Verkoper gedurende een periode van twee jaren na de Effectieve Datum - of zoveel langer als Koper aan Verkoper op grond van de Artikelen 4.1 en 5.4 een vergoeding voor Achterblijvende Kosten betaalt - niet zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Koper, hetzij direct, hetzij indirect voor eigen rekening of voor rekening van derden of als adviseur of anderszins, activiteiten ontwikkelen die concurreren of vergelijkbaar zijn met de Thuiszorgactiviteiten Zuid, voor zover het geografisch gebied betreft waar de Thuiszorgactiviteiten Zuid op de Effectieve Datum werden verricht.

15.2 Verkoper en Koper komen overeen dat de Afdeling Specifieke en Aanvullende Diensten van Verkoper en Verkoper's dochtervennootschap Particura IJmond BV hun huidige activiteiten mogen voortzetten, ook indien dit afwijkt van het bepaalde in artikel 15.1.;

15.3 Partijen zullen gedurende een periode van twee jaren na de Effectieve Datum niet zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de andere Partij werknemers, afnemers, leveranciers of andere bij Partijen betrokken (rechts)personen, (personen)vennootschappen of organisaties ertoe bewegen of trachten te bewegen hun contacten met de andere Partijen/ of met haar verbonden personen geheel of gedeeltelijk te verbreken.'

115. De onder artikel 15.2 genoemde uitzondering voor Specifieke en Aanvullende Diensten betreft een deel van de activiteiten waarover de betrokken ondernemingen in het Convenant hebben aangegeven deze onder te brengen in gezamenlijke nevenbedrijven. De overdracht beperkt zich derhalve tot de activiteiten die niet zijn ondergebracht in gezamenlijke nevenbedrijven.

4.7 Verdere gang van zaken

116. In de notitie "Beleidsdag Managementteam: de strategische koers van ViVa! Zorggroep" van 10 april 2007, staat:⁵²

'Duidelijk is dat de concurrentie verder toe zal nemen en het de vraag is hoe je concurrenten buiten de deur kan houden. Het wijkgericht werken is er op gericht de markt dicht te timmeren door het creëren van netwerken van zorgaanbieders op wijkniveau die intensief samenwerken. Het bieden van een integraal zorgaanbod is het aspect waarop we ons kunnen onderscheiden van concurrenten die onze markt binnenkomen.

Concurrentie

Een wijk is een gesloten systeem qua zorgaanbod, daar streven we tenminste naar om de integrale zorg te kunnen bieden. Er is sprake van "verplichte winkelnering". Het risico bestaat dat daar een

⁵² Documentnummer 61080000320830.

tegenbeweging gaat ontstaat, dat mensen juist geen zorg willen afnemen bij de grote monopolist. Zo ontstaat weer ruimte voor andere aanbieders, die zich met name zullen gaan richten op de “krenten in de pap”. Belang voor de marktleider: er moet wel veel te kiezen zijn voor de diënt, het moet niet één standaard aanbod zijn, er moet gewerkt worden aan een soort “supermarkt-systeem. (...)

De raad van Bestuur is van mening dat de beste opties voor Viva!Zorggroep liggen bij een grote regionale organisatie. [vertrouwelijk]. De eventuele fusie met Zorgbalans is na een gesprek met de Raad van Bestuur van Zorgbalans weer wat dichterbij gekomen (...).

117. Op de website van Zorgbalans werd in juni 2007 verwezen naar Viva! en werden de werkgebieden van beide betrokken ondernemingen gecommuniceerd:

‘Zorgbalans en Viva! Zorggroep. (...) De ruim 2000 medewerkers zijn actief in de regio Zuid-Kennemerland. In zorgcentra, in verpleeghuizen, op consultatie bureaus, u vindt de medewerkers van Zorgbalans overal. Viva! Zorggroep is de nieuwe naam van de organisatie die per 1 januari 2006 is ontstaan door de fusie tussen Stichting Thuiszorg IJmond en de Stichting Partners in de Zorg. (...) Het werkgebied bevindt zich boven het Noordzeekanaal. (...) U kunt gebruik maken van de thuiszorg als u woont in de regio Zuid-Kennemerland, waaronder de plaatsen Haarlem, Aerdenhout, Bennebroek, Bentveld, Bloemendaal, Heemstede, Overveen, Spaarndam-West, Vogelenzang, Zandvoort, IJmuiden, Velsbroek, Santpoort en Driehuis. Woont u ten noorden van Velsen, belt u dan 0251-257777 (receptie van de Thuiszorg IJmond).’⁵³

Tussenconclusie

118. Op basis van de weergegeven documenten stelt de Raad vast dat SOV, PidZ, TIJen ZBG in anticipatie op de wijzingen in de regelgeving vanaf oktober 2003 met elkaar in overleg zijn getreden en er voor gekozen hebben “om samen te werken in plaats van elkaar te beconcurreren”. Met dat doel hebben zij bij het Convenant besloten om via twee fusies en een overdracht van een deel van de activiteiten twee nieuwe organisaties tot stand te brengen, ieder met een eigen werkgebied: ten noorden respectievelijk ten zuiden van het Noordzeekanaal. Tevens hebben de betrokken ondernemingen afgesproken om de aldus tot stand gebrachte gebiedsverdeling in stand te houden en niet met elkaar te concurreren.
119. Dat deze interpretatie aan het Convenant gegeven moet worden blijkt naar het oordeel van de Raad behalve uit de voorgeschiedenis en de gang van zaken na het sluiten van het Convenant, tevens uit de hiervoor in de randnummers 111 en 113 geciteerde documenten die betrekking hebben op de overdracht van Velsen-zuid. Er wordt gesproken over “verregaande samenwerking” en het ontstaan van “twee bevriende organisaties” waarvoor het behouden van een deel van de productie van de ene partner in het gebied van de andere partner “op gespannen voet” zou kunnen staan met een hechte collegiale samenwerking.

⁵³ Documentnummer 6108/12.

120. De Raad heeft voorts op basis van het dossier moeten vaststellen dat de betrokken ondernemingen bij de overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van 30 juni 2006 in artikel 15.1 zijn overeen gekomen dat TIJ voor “twee jaren na de Effectieve Datum – of zoveel langer als Koper aan Verkoper (...) een vergoeding voor de Achterblijvende kosten betaalt” en dus voor een, voor onbepaalde tijd verlengbare, termijn niet zonder voorafgaande toestemming van Zorgbalans activiteiten zou ontwikkelen die concurreren of vergelijkbaar zijn met de Thuiszorgactiviteiten Zuid in Velsen-zuid. De termijn voor deze concurrentiebeperking is in de praktijk ook daadwerkelijk verlengd, omdat Zorgbalans nog in februari 2007 achterblijvende kosten betaalt.⁵⁴ Daarnaast stelt de Raad vast dat zowel TIJ als Zorgbalans zich er op grond van artikel 15.3 *wederzijds* toe verplichten dat zij gedurende twee jaar geen cliënten, werknemers en leveranciers van elkaar zullen werven en dat deze afspraak niet tot een bepaald gebied is beperkt. Dit houdt in dat Viva! en Zorgbalans beide voor een periode van twee jaar na 30 juni 2006 over en weer zullen afzien van de mogelijkheid om daadwerkelijk in elkaars werkgebied actief te worden en met elkaar te concurreren en dat zij daarmee de bij het Convenant gecreëerde afzonderlijke werkgebieden in stand houden. Dat de afgesproken gebiedsverdeling in de praktijk langer duurt dan twee jaar, blijkt uit de hieronder in paragraaf 4.8 beschreven ontwikkelingen naar aanleiding van de inwerkingtreding van de WMO.
121. Ten slotte blijkt de onderlinge gebiedsverdeling ook uit de verdere gang van zaken en uit het feit dat Zorgbalans op haar website de cliënten ten noorden van het Noordzeekanaal doorverwijst naar Viva!
122. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen op deze manier hun onderlinge concurrentie op het gebied van de persoonlijke verzorging en verpleging thuis en de huishoudelijke verzorging hebben uitgeschakeld, althans beperkt.

4.8 De reacties van de betrokken ondernemingen op de inwerkingtreding van de WMO en de aanloop tot de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst

123. Per 1 januari 2007 treedt de WMO in werking; gemeenten worden verantwoordelijk voor de inkoop van huishoudelijke verzorging. In de loop van 2006 wordt duidelijk dat de gemeenten in de zorgkantoorregio Kennemerland de inkoop van huishoudelijke verzorging via Europese aanbestedingen zullen gaan vormgeven.
124. Hieronder worden (delen van) documenten weergegeven waaruit de reactie en anticipatie van de betrokken ondernemingen op de inwerkingtreding van WMO blijkt en die van belang zijn voor de context waarbinnen de in deze paragraaf te bespreken Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst toepassing heeft gevonden.

⁵⁴ Zie de zienswijze van Zorgbalans, documentnummer 6108/ 188.B1029, p.20 en het verslag van de hoorzitting, documentnummer 6108/ 198.O1029, p. 16-17.

125. In een (concept)intentieovereenkomst, niet voorzien van een datum, tussen Zorgbalans en Viva! staat het volgende:⁵⁵

'Partijen:

De **Stichting Zorgbalans** (..)

De **Stichting Viva! Zorggroep** (..)

nemen het navolgende in aanmerking:

- a. Met de invoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (..) worden de Nederlandse gemeenten verantwoordelijk voor de organisatie van de huishoudelijke verzorging. (..)
- b. (..)
- c. Beide partijen vrezen bij een aanbesteding een deel van hun marktaandeel in hun eigen regio te verliezen. Partijen hebben om die reden ervoor gekozen, naast de regio waar de diensten gewoonlijk werden geleverd, tevens bij een aanbesteding buiten deze regio in te schrijven. Bij het ondertekenen van deze overeenkomst hebben beide partijen reeds een selectiedocument ingediend ten behoeve van de gemeenten in de regio Zuid Kennemerland.
- d. Indien één van de partijen of beide partijen marktaandeel in de 'eigen' regio verliest, zal dit een personeelsoverschot tot gevolg hebben. Indien één van de partijen of beide partijen in een andere regio dan de 'eigen' regio met één of meerdere gemeenten een raamovereenkomst kan sluiten voor de levering van huishoudelijke verzorging, zal dit tot een personeelstekort leiden in de desbetreffende regio/gemeente(n).
- e. Partijen willen met het sluiten van deze overeenkomst een samenwerking vormgeven, waarbij het personeelstekort van de ene partij wordt opgevangen door het personeelsoverschot van de andere partij in dezelfde regio/gemeente(n). Partijen willen op deze wijze de werkgelegenheid in de regio's waarin partijen werkzaam zijn, zoveel mogelijk handhaven.

komen het volgende overeen:

Werkgebied

1. Ten tijde van het sluiten van deze overeenkomst levert Zorgbalans aan haar cliënten huishoudelijke verzorging in Velsen en in de regio Zuid-Kennemerland, te weten (..)
2. Viva! levert, ten tijde van het sluiten van deze overeenkomst, aan haar cliënten huishoudelijke verzorging in de regio Noord-Kennemerland, te weten (..)
3. Aangezien de gemeenten, zoals genoemd in (..) [NMa: gerefereerd wordt aan de gemeenten die tot het 'eigen' werkgebied van Zorgbalans behoren] over zijn gegaan tot de inkoop van de huishoudelijke verzorging middels een (Europese) aanbestedingsprocedure, is Zorgbalans voornemens om haar werkgebied uit te breiden naar ondermeer de gemeenten zoals genoemd in (..) [NMa: gerefereerd wordt aan de gemeenten waarvan is aangegeven dat zij tot het werkgebied van Viva! behoren]; Zij zal alsdan inschrijven in de aanbestedingsprocedure van de (..) genoemde gemeenten.
4. Aangezien de gemeenten, zoals genoemd in (..) [NMa: gerefereerd wordt aan de gemeenten die tot het 'eigen' werkgebied van Viva! behoren] over zijn gegaan tot de inkoop van de huishoudelijke

⁵⁵ Documentnummer 61080000341418.

verzorging middels een (Europese) aanbestedingsprocedure, is Viva! voornemens om haar werkgebied uit te breiden naar ondermeer de gemeenten zoals genoemd in (...) [NMa: gerefereerd wordt aan de gemeenten waarvan is aangegeven dat zij tot het werkgebied van Zorgbalans behoren]; Zij zal alsdan inschrijven in de aanbestedingsprocedure van de (...) genoemde gemeenten.

Wijze van toekomstige samenwerking

5. Indien na de aanbestedingsprocedure van de (...) genoemde gemeenten, door één of meerdere van deze gemeente(n) (een deel van) de te leveren huishoudelijke verzorging binnen deze gemeente(n) wordt gegund aan Zorgbalans en Viva! in verband met deze aanbestedingsprocedure (een deel van) de door haar gebruikelijk te leveren huishoudelijke verzorging in deze gemeente(n) verliest, zullen partijen nadere afspraken maken over de overgang van personeel van Viva! naar Zorgbalans.
 6. Indien na de aanbestedingsprocedure van de (...) genoemde gemeenten, door één of meerdere van deze gemeente(n) (een deel van) de te leveren huishoudelijke verzorging binnen deze gemeente(n) wordt gegund aan Viva! en Zorgbalans in verband met deze aanbestedingsprocedure (een deel van) de door haar gebruikelijk te leveren huishoudelijke verzorging in deze gemeente(n) verlies, zullen partijen nadere afspraken maken over de overgang van personeel van Zorgbalans naar Viva!
126. In de conceptintentieovereenkomst wordt gesproken over 'de vrees marktaandeel te verliezen'. In de in september 2006 opgestelde 'Kaderbrief 2007' van Viva! wordt over deze vrees het volgende gezegd:⁵⁶

'Bovendien wordt op 1 januari 2007 de Wet Maatschappelijke Ondersteuning ingevoerd, waarnaar vanuit de AWBZ de gehele huishoudelijke verzorging wordt overgeheveld. De gemeenten die vanaf 1 januari 2007 a.s. die Wmo uitvoeren zijn thans druk bezig de huishoudelijke verzorging via aanbesteding te gunnen aan (zorg)aanbieders. Daarbij is allermint gegarandeerd dat de huidige aanbieders hun marktaandeel houden. Ook bij die aanbesteding is goed merkbaar dat de concurrentie in de zorg toeneemt. Voorheen collega-instellingen schrijven thans als concurrent in bij gemeenten in ons primaire werkgebied, en wij doen dat uiteraard ook in de primaire werkgebieden van onze concurrenten. Als gevolg van die toenemende concurrentie zien we overal in het land allerlei fusieprocessen plaatsvinden. Vaak op een nog veel grotere schaal dan wij thans kennen met de totstandkoming van Viva! De machtsconcentratie die daarvan het gevolg is geeft de nodige risico's voor Viva! als middelgrote organisatie. We kunnen het ons dan ook niet veroorloven om al te lang te doen over de verwerking van de fusie. En we moeten bovendien op zo kort mogelijke termijn zowel onze locale inbedding in onze eigen regio verder verstevigen als onze vleugels uitslaan in andere regio's. Onze strategische samenwerking met Zorgbalans zullen we in dat kader verder gaan uitwerken. We zetten daarbij in op behoud van ons marktaandeel in ons primaire werkgebied voor zowel Wmo als AWBZ en expansie in aangrenzende gebieden.(...) We zijn in ons primaire werkgebied nog vrijwel monopolist. Daar komt zeker verandering in. Als de kruitdampen van de aanbesteding van de Wmo zijn opgetrokken weten we ongeveer waar we volgend jaar staan.'⁵⁷

⁵⁶ Documentnummer 6108000330015.

⁵⁷ Documentnummer 6108000330015.e.v.

127. In oktober 2006 wordt duidelijk dat Zorgbalans de aanbestedingen voor huishoudelijke verzorging in het werkgebied dat volgens het Convenant aan Zorgbalans toebehoort, Kennemerland ten zuiden van het Noordzeekanaal, niet gegund krijgt. Viva! krijgt de aanbesteding zowel ten noorden als ten zuiden (het werkgebied van Zorgbalans) van het Noordzeekanaal gegund.
128. In het memo "Heroriëntatie op de huishoudelijke hulp na verlies aanbesteding" van Zorgbalans, van 22 november 2006, staat:⁵⁸

'Nadat duidelijk werd dat er een grote kans was dat wij de aanbestedingen in Zuid Kennemerland en Midden Kennemerland zouden verliezen, heeft de RvB zich beraden op de vraag: hoe nu verder? In een eerdere interne mededeling voor de leden van het MT/DO hebben wij onze aangepaste koers op hoofdlijnen verwoord. De nieuwe koers is gericht op het streven om een actieve rol ten aanzien van de huishoudelijke hulp te blijven vervullen via een structurele en duurzame samenwerking met Viva! Zorggroep en eventueel Valent.

Strategische overwegingen

De ervaring leert dat de huishoudelijke hulp, naast ziekenhuis- en verpleeghuiszorg, een belangrijke instroom genereert van diensten die daarnaast verzorging en verpleging in de thuiszorg nodig hebben. Op het moment dat wij zelf geen huishoudelijke hulp meer leveren, kan verwacht worden dat het veel moeilijker wordt om nieuwe diensten aan ons te binden. Ook de afstemming tussen medewerkers huishoudelijke hulp en medewerkers verzorging/verpleging is moeizamer als er meerdere zorgaanbieders in een diënt situatie actief zijn.

Andere zorgaanbieders zien de levering van huishoudelijke hulp op basis van bovenstaande overweging als belangrijke mogelijkheid om ook in andere regio's huishoudelijke hulp te gaan leveren, de huishoudelijke hulp wordt voor intreders in de markt gezien als een springplank om van daaruit na verloop van tijd ook verzorging en verpleging te gaan leveren. Om die reden heeft ook Zorgbalans ingeschreven in aanpalende regio's

(..)

Bovengenoemde trends waren voor de RvB reden om ons maximaal in te zetten teneinde een actieve rol te blijven spelen in de levering van huishoudelijke hulp.

(..)

Huidige stand van zaken

Op dit moment is er een taskforce in het leven geroepen die tot doel heeft om de overgang van de huishoudelijke hulp goed te organiseren. (..)

De diensten worden door de gemeenten uitgenodigd om aan te geven van welke gegunde zorgaanbieders ze vanaf 1 januari de zorg willen gaan ontvangen. Wij hebben parallel daaraan onze diensten geadviseerd om Viva! Zorggroep aan te kruisen. Op die manier is er de grootste kans dat diensten ook hun eigen vertrouwde vaste hulp kunnen behouden.(..).

⁵⁸ Documentnummer 61080000350980.

Tegelijkertijd wordt gewerkt aan het inrichten van een B.V., samen met Viva! Zorggroep. Dit krijgt concreet vorm in statuten en een aandeelhoudersovereenkomst. Viva!Zorggroep krijgt [vertrouwelijk] van de aandelen en Zorgbalans [vertrouwelijk]. Daarbij wordt ook aan een aantal zaken getoetst zoals de eisen in het bestek van de gemeenten en eisen in het kader van de mededingingswet. (...).

129. De conceptintentieovereenkomst heeft tot een verdere overeenkomst geleid, de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst. Bij de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst tussen TIJen Viva! enerzijds en Zorgbalans anderzijds, getekend op 28 december 2006, waarbij een gemeenschappelijke dochteronderneming wordt opgericht, is het volgende afgesproken:⁵⁹

‘ DE ONDERGETEKENDEN:

- 1) STICHTING THUISZORG IJMOND (..)
 - 2) STICHTING VIVA! ZORGGROEP (..)
- En
- 3) STICHTING ZORGBALANS (..)

Partijen worden hierna gezamenlijk ook wel aangeduid als: ‘Partijen’.

NEMEN HET VOLGENDE IN AANMERKING:

(..)

- F) Partijen (Viva! als bestuurder namens TIJ) hebben allebei op deze aanbesteding ingeschreven. Op grond van de aan TIJ verstrekte informatie is er aan haar een overeenkomst gegund. Aan Zorgbalans is geen overeenkomst gegund. Viva! is partij bij deze overeenkomst voor het geval de Gemeenten niet TIJ, maar Viva! als hun contractant beschouwen;
- G) Als gevolg hiervan heeft Zorgbalans vanaf 1 januari 2007 geen werk meer voor het personeel dat bij de directe zorgverlening op het gebied van HV betrokken is, terwijl TIJ vanaf 1 januari 2007 behoefte heeft aan personeel dat HV kan leveren;
- H) Partijen zijn in overleg getreden om te bezien of zij de problemen die ieder van hen door de ontstane situatie ondervindt, gezamenlijk kunnen oplossen. Partijen hebben op basis van dit overleg op 10 november jl. een intentieovereenkomst (hierna: de “Intentieovereenkomst”) getekend waarin zij zich hebben verbonden die oplossing nader te onderzoeken en ook uit te werken, als aan de in de Intentieovereenkomst verwoorde voorwaarden zou zijn voldaan;
- I) Ten tijde van ondertekening van deze overeenkomst is voldaan aan alle in de Intentieovereenkomst gestelde voorwaarden; daarom werken Partijen de tussen hen gewenste afspraken over hun samenwerking in de Regio in de onderhavige overeenkomst uit.

EN KOMEN HET VOLGENDE OVEREEN:

⁵⁹ Documentnummer 61080000321258.

1 Oprichting en doel gezamenlijke onderneming

1.1 Partijen zullen een gezamenlijke onderneming oprichten [NMa: het doel van de onderneming is verwoord in de in de bijlage opgenomen Oprichtingsakte: "het in onderaanneming - voor de aandeelhouders van de vennootschap - leveren van huishoudelijke verzorging"].

(..)

1.4 Partijen zullen met Viva! Thuis (een) onderaannemingsovereenkomst(en) sluiten, volgens het model aangehecht als bijlage 2, voor de feitelijke uitvoering van alle HV waarvoor ieder van Partijen contracten zal sluiten met Gemeenten in de Regio. Partijen zullen deze HV, voor zover zij deze in de Regio contracteren, dus niet zelf leveren, noch uitbesteden aan anderen.

(..)

1.6 **[vertrouwelijk]**.

(..)

3.3 Partijen zullen elk kwartaal overleg voeren over het leveren van HV in de Regio.

(..)

3.4 Viva! Thuis zal de cliënten aan wie zij in de Regio HV levert, indien deze behoefte hebben aan zorg en/of diensten anders dan HV, die in de Regio niet door TIJ maar wel door Zorgbalans kan/kunnen worden geleverd, op een duidelijke wijze voorlichten over de dienstverlening door Zorgbalans.

3.5 Voor zover cliënten aan wie Viva! Thuis in de regio HV levert, in gemeenten waar TIJ en/of aan haar gelieerde rechtspersonen zorg en/of diensten leveren en Zorgbalans niet, behoefte hebben aan zorg en/of diensten anders dan HV, zal Viva! Thuis hen op duidelijke wijze voorlichten over de dienstverlening door TIJ en de aan haar gelieerde rechtspersonen.

3.6 Met het bepaalde in de artikelen 3.4 en 3.5 is uitdrukkelijk niet bedoeld om TIJ en Zorgbalans te beletten zich in elkaars werkgebied te vestigen en daar zorg en/of diensten te verlenen.

(..)

9.5 Deze overeenkomst bevat alle afspraken tussen Partijen met betrekking tot de onderwerpen die in deze overeenkomst zijn geregeld en treedt in de plaats van alle eerdere schriftelijke en mondelinge afspraken welke Partijen ter zake hebben gemaakt.

9.6 Het is ieder der Partijen slechts na verkregen voorafgaande schriftelijke toestemming van de andere Partij geoorloofd haar rechten en verplichtingen voortvloeiende uit deze overeenkomst over te dragen aan (een) derde(n). dergelijke toestemming wordt hierbij bij voorbaat gegeven voor overdracht aan groepsmaatschappijen van Partijen.'

130. In een intern e-mail bericht van 21 december 2006 heeft de heer [vertrouwelijk] van Zorgbalans een concept voor een side-letter, ook wel het "Herenakkoord" genoemd, bij de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst opgesteld en toegestuurd aan mevrouw [vertrouwelijk] van Zorgbalans.⁶⁰ In de side letter staat:

'Dag [vertrouwelijk]

Bijgaand het concept van de side-letter die geen side-letter mag heten. Dit concept is afgestemd met [vertrouwelijk].

Punt van aandacht:

Natuurlijk willen wij graag dat de brief getekend wordt voordat de overeenkomst wordt getekend. Dat stuit evenwel op het formele bezwaar dat dan op het moment van de ondertekening van de overeenkomst, op grond van artikel 9.5 de meeste van de afspraken uit de brief weer verdwenen zijn. Vandaar ook dat ik in de ¶ alinea nadrukkelijk tot uiting hebben laten komen dat de brief tot stand is gekomen na ondertekening van de overeenkomst. Vooraf versturen en laten onder tekenen is dus geen optie.

Wordt nu wel een kwestie van vertrouwen of er getekend gaat worden. (..)

Infrastructuur

In de opstartfase vanaf 1 januari aanstaande zal Zorgbalans zorg dragen voor de operationele ondersteuning van de vennootschap, vanuit haar bestaande infrastructuur.

Viva! en Zorgbalans erkennen wederzijds het belang van het in stand houden van de infrastructuur rond de huishoudelijke verzorging bij Zorgbalans. Het behoud van deze structuur is met name van belang voor het kunnen leveren van huishoudelijke verzorging in nieuwe regio's. Viva! en Zorgbalans spreken af dat eventuele overdracht van deze infrastructuur naar het samenwerkingsverband in principe alleen plaatsvindt op basis van consensus.'

131. In een brief van Zorgbalans aan Viva! van 22 december 2006 wordt geschreven:⁶¹

'Nu de samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst is getekend en de oprichting van Viva! Thuis BV zijn voltooiing nadert, leek het ons verstandig om een aantal punten waarop nog nader overleg nodig is en sprake is van een aantal afspraken tussen Viva! Zorggroep en Zorgbalans, even beknopt in kaart te brengen. (..) Vervolgzorg. Viva! heeft niet het voornemen om in het oorspronkelijke verzorgingsgebied van Zorgbalans andere zorg dan huishoudelijke verzorging te gaan leveren, althans niet voor zolang er op basis van de huidige gunning huishoudelijke verzorging wordt geleverd in dat gebied. Ook zal Viva! geen eigen marketingactiviteiten ontplooiën voor andere zorg dan huishoudelijke verzorging in het verzorgingsgebied van Zorgbalans.'

⁶⁰ Documentnummer 61080000341291.

⁶¹ Documentnummer 61080000341293.

132. Uit een e-mailbericht van Viva! aan Zorgbalans inzake de hierboven genoemde brief met bevestiging van afspraken blijkt dat de laatste alinea van deze brief oorspronkelijk nog een andere zin bevatte, waarin met zoveel woorden stond dat partijen hadden afgesproken dat Viva! in het oorspronkelijke werkgebied van Zorgbalans geen andere zorg dan huishoudelijke zorg zou leveren.⁶²

'Onder vervolgzorg: de eerste zin kan blijven staan tot en met 'leveren'. De rest van de passage moet worden geschrapt want dat is een non concurrentiebeding in het kader van de samenwerkingsovereenkomst en dat leidt tot mogelijke problemen met de NMA. Wat blijft staan is ons 'eenzijdige' voornemen om geen andere zorg dan huishoudelijke verzorging te gaan leveren. Dat is wel NMA-proof.'

133. De definitieve versie van de side-letter bij de "Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst" is op 10 januari 2007 tot stand gekomen en door beide betrokken ondernemingen ondertekend. Hierin is het volgende bepaald:⁶³

*'Nu de samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst is getekend en de oprichting van Viva! Thuis BV zijn voltooiing nadert, leek het ons verstandig om een aantal punten waarop nog nader overleg nodig is en sprake is van een aantal afspraken tussen ViVa! Zorggroep en Zorgbalans, even beknopt in kaart te brengen. [...] Vervolgzorg. ViVa! heeft niet het voornemen om in het oorspronkelijke verzorgingsgebied van Zorgbalans andere zorg dan huishoudelijke verzorging te gaan leveren.[...] Wij gaan er vanuit dat met bovenstaande alle gemaakt afspraken en nadere bespreekpunten juist zijn verwoord. Ter bevestiging hiervan, willen wij jullie vragen een exemplaar van deze brief voor akkoord te tekenen en aan ons te retourneren.'*⁶⁴

Tussenconclusie

134. In reactie op de inwerkingtreding van de WMO hebben Viva! en Zorgbalans besloten ieder voor zich in te schrijven op de aanbesteding van de gemeenten. Wel bleven zij in overleg over de mogelijke ontwikkelingen op de markt en besloten zij om, toen Viva! de aanbesteding won, een gemeenschappelijke dochteronderneming op te richten ten behoeve van de huishoudelijke verzorging in de regio. Daarnaast hebben de betrokken ondernemingen onderling afgesproken dat Viva! naast de huishoudelijke zorg niet ook persoonlijke verzorging en verpleging ten zuiden van het Noordzeekanaal zou verlenen, waarmee de eerder tot stand gebrachte verdeling van werkgebieden voor de persoonlijke verzorging en verpleging werd gehandhaafd en voortgezet. De Raad concludeert dit op basis van de Samenwerking- en aandeelhoudersovereenkomst en de daarbij behorende door Viva! zowel als Zorgbalans ondertekende side-letter. Bij de artikelen 3.4 en 3.5 van de Samenwerking- en aandeelhoudersovereenkomst spreken de betrokken ondernemingen af dat

⁶² Documentnummer 61080000330118.

⁶³ Brief van Raad van Bestuur van Zorgbalans en de Raad van Bestuur van ViVa!Zorggroep gericht aan Raad van Bestuur van ViVa! Zorggroep van 10 januari 2007, documentnummer 6108000040863.

⁶⁴ Documentnummers 61080000321232 en 61080000340863.

de gemeenschappelijke onderneming cliënten die andere zorg dan huishoudelijke verzorging nodig hebben, zal doorverwijzen naar TIJen aan haar gelieerde rechtspersonen respectievelijk Zorgbalans. Hoewel in artikel 3.6 vervolgens staat dat met het bepaalde in de artikelen 3.4 en 3.5 uitdrukkelijk niet bedoeld is om TIJen Zorgbalans te beletten zich in elkaars werkgebied te vestigen en daar zorg en/of diensten te verlenen, staat in de side-letter dat Viva! niet het voornemen heeft om in het oorspronkelijke verzorgingsgebied van Zorgbalans andere zorg dan huishoudelijke verzorging te gaan leveren. Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van de Samenwerkingsovereenkomst en de side-letter en gelet op het feit dat de side-letter door beide betrokken ondernemingen is besproken en ondertekend, heeft de Raad vastgesteld dat de betrokken ondernemingen met de side-letter tot doel hebben gehad om aan artikel 3.6 van de Samenwerkingsovereenkomst de essentie te ontnemen en dat zij daaraan ook de facto uitvoering hebben gegeven. De side-letter heeft tot gevolg dat de status quo met betrekking tot dat deel van het Convenant dat betrekking heeft op de persoonlijke verzorging en verpleging thuis, wordt gehandhaafd en gecontinueerd. Er behoefde in de side-letter geen wederzijdse verplichting te worden opgenomen, aangezien Zorgbalans op dat moment op grond van het Convenant zowel als de overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van Velsen-zuid gehouden was geen persoonlijke verzorging en verpleging thuis aan te bieden in het werkgebied van Viva!

4.9 Zienswijzen omtrent de feiten en omstandigheden zoals vastgesteld in het rapport en beoordeling daarvan door de Raad

135. *Zorgbalans* betoogt in haar zienswijze dat de passage in het Convenant: “Partijen wensen gezamenlijk vorm te geven aan een proces leidend tot twee zorgorganisaties, met als respectieve werkgebieden Kennemerland ten noorden en Kennemerland ten zuiden van het Noordzeekanaal” niet tot doel had om een bepaalde gedragswijze vast te leggen, maar enkel een constatering was van de situatie die als gevolg van de fusie zou ontstaan. Het zou dus slechts om een feitelijke constatering gaan omdat de fuserende instellingen reeds als primair werkgebied Kennemerland ten noorden of ten zuiden van het Noordzeekanaal hadden. Bovendien zou het Noordzeekanaal een belangrijke barrière vormen voor het aanbieden van wijkgerichte zorg en zou een dergelijke afspraak daarom niet nodig zijn. Afgezien daarvan duidt de term ‘primair’ er volgens *Zorgbalans* reeds op dat *Zorgbalans* en *Viva!* mogelijk wel ‘over de grens’ zouden gaan werken.
136. Ten slotte wijst *Zorgbalans* er op dat het feit dat marktverdeling niet is afgesproken, zou blijken uit het feit dat *Zorgbalans* tot op heden extramurale thuiszorg levert boven het Noordzeekanaal. Zij doet dit via een team dat gespecialiseerd is in thuiszorg aan gehandicapten en dat daarom mobieler is dan het ‘gewone’ personeel.
137. De *Raad* concludeert dat *Zorgbalans* zichzelf tegenspreekt door enerzijds te stellen dat het niet nodig was om een gebiedsverdeling overeen te komen in verband met de barrière die het Noordzeekanaal vormde en anderzijds aan te voeren dat de term ‘primair’ juist zou betekenen dat *Zorgbalans* en *Viva!* mogelijk juist wel ‘over de grens’ zouden gaan werken. Dat laatste

duidt erop dat ook Zorgbalans zelf denkt dat het goed mogelijk is om ten noorden van het Noordzeekanaal actief te worden. Wat daarvan ook zij, naar het oordeel van de Raad blijkt zowel uit de voorgeschiedenis, de gang van zaken na het sluiten van het Convenant, de doorverwijzing op de website van Zorgbalans, de wijze van overdracht van Velsen-zuid, de Samenwerkingsovereenkomst en de side-letter dat in het Convenant niet alleen maar een feitelijke constatering is gedaan. Daar komt bij dat, zoals in eerdere besluiten is vastgesteld, de relevante geografische markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis en voor de huishoudelijke verzorging thuis de regio van het zorgkantoor omvat.⁶⁵ Binnen die regio zijn de concurrentievoorwaarden homogeen en is concurrentie tussen de verschillende ondernemingen mogelijk. Alleen al het feit dat TIJvóór de overdracht van Velsen-zuid in Velsen-zuid, dus ten zuiden van het Noordzeekanaal, actief was, toont aan dat het Noordzeekanaal niet een zodanige barrière vormt dat de relevante geografische markt daardoor zou moeten worden opgesplitst in een deel ten noorden en een deel ten zuiden van het Noordzeekanaal. Het was derhalve, anders dan Zorgbalans betoogt, nodig om afspraken te maken als de betrokken ondernemingen niet in elkaars gebied wilden komen en niet met elkaar wilden concurreren.

138. De verwijzing door Zorgbalans naar de thuiszorg die wordt geleverd door het team dat gespecialiseerd is in de zorg voor gehandicapten snijdt geen hout, omdat voor deze gespecialiseerde zorg juist aparte nevenbedrijven zijn opgericht die in de hele zorgkantoorregio werken en waarvoor geen gebiedsverdeling is overeen gekomen.

Tussenconclusie

139. Op grond van het bovenstaande stelt de Raad vast dat geen van de met betrekking tot de feiten en omstandigheden naar voren gebrachte punten in de zienswijzen van de betrokken ondernemingen afbreuk doet aan de tussenconclusie van de Raad zoals neergelegd in randnummer 134.

4.10 Conclusie door de Raad over de feiten en omstandigheden

140. De betrokken ondernemingen zijn alle actief op het gebied van het verlenen van thuiszorg. In anticipatie op de wijzigingen van de regelgeving zijn de betrokken ondernemingen reeds in oktober 2003 met elkaar in overleg getreden en hebben zij er bewust voor gekozen “om samen te werken in plaats van elkaar te beconcurreren.” Met dat doel hebben de betrokken ondernemingen ervoor gekozen via fusies en een overdracht van een deel van de activiteiten twee nieuwe organisaties tot stand te brengen, ieder met een eigen werkgebied: ten noorden respectievelijk ten zuiden van het Noordzeekanaal. Tevens hebben de betrokken ondernemingen afgesproken om de aldus tot stand gebrachte gebiedsverdeling in stand te houden en niet met elkaar te concurreren. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen op deze manier hun onderlinge concurrentie op het gebied van de

⁶⁵ Zie de hierna in noot 70 genoemde besluiten van de NMa.

persoonlijke verzorging en verpleging thuis en de huishoudelijke verzorging hebben uitgeschakeld, althans beperkt.

141. Vervolgens zijn de betrokken ondernemingen tevens in overleg getreden in anticipatie op de WMO. Zij besloten ieder voor zich in te schrijven op de aanbestedingen van de gemeenten en beëindigden daarmee de verdeling van de werkgebieden voorzover het de huishoudelijke verzorging betrof. Wel bleven zij in overleg over de mogelijke ontwikkelingen op de markt en besloten zij om, toen Viva! de aanbesteding voor de verlening van de huishoudelijke zorg ten zuiden van het Noordzeekanaal had gewonnen, een gemeenschappelijke dochteronderneming op te richten om deze zorg te verlenen. Tevens spraken zij af dat de gemeenschappelijke dochteronderneming de patiënten ten zuiden van het Noordzeekanaal die V&V nodig hadden, zou doorverwijzen naar Zorgbalans en dat Viva! ten zuiden van het Noordzeekanaal naast de huishoudelijke zorg niet ook persoonlijke verzorging en verpleging thuis zou verlenen. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen na de inwerkingtreding van de WMO met betrekking tot de persoonlijke verzorging en verpleging thuis de uitschakeling althans beperking van hun onderlinge concurrentie op deze manier hebben gehandhaafd en voortgezet.

5 JURIDISCHE BEOORDELING

5.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

142. 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 ook: de Commissie), de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: ook GvEA) richtinggevend.⁶⁶

5.2 Onderneming in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw

143. 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.

⁶⁶ Zie: MvT bij de Mededingingswet, Tweede kamer 24 707, nr. 3, p. 9; NAV, Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 11.

5.2.1 Overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw

144. 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.⁶⁷ 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.⁶⁸
145. Zoals de Raad hiervoor in hoofdstuk 4, randnummers 140 en 141 heeft vastgesteld, hebben de betrokken ondernemingen ervoor gekozen om nauw met elkaar samen te werken in plaats van met elkaar te concurreren. Met dat doel hebben de betrokken ondernemingen ervoor gekozen via twee fusies en een overdracht van een deel van de activiteiten twee nieuwe organisaties tot stand te brengen, ieder met een eigen werkgebied: ten noorden dan wel ten zuiden van het Noordzeekanaal, en om de aldus tot stand gebrachte gebiedsverdeling in stand te houden en niet met elkaar te concurreren. Na de inwerkingtreding van de WMO besloten de betrokken ondernemingen ieder voor zich in te schrijven op de aanbestedingen van de gemeenten; zij beëindigden daarmee de verdeling van de werkgebieden voorzover het de huishoudelijke verzorging betrof. Wel bleven zij in overleg over de mogelijke ontwikkelingen op de markt en besloten zij om, toen aan Viva! na aanbesteding de opdracht voor de verlening van de huishoudelijke zorg was verleend, een gemeenschappelijke dochteronderneming op te richten om deze opdracht uit te voeren. Tevens spraken zij af dat deze gemeenschappelijke dochteronderneming de patiënten ten zuiden van het Noordzeekanaal die V&V nodig hadden, zou doorverwijzen naar Zorgbalans en dat Viva! naast de huishoudelijke zorg niet ook persoonlijke verzorging en verpleging ten zuiden van het Noordzeekanaal zou leveren. Op deze manier werd de eerder tot stand gebrachte verdeling van werkgebieden voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis gehandhaafd en voortgezet.
146. De Raad constateert dat er sprake is van een geheel van onderling samenhangende overeenkomsten. In het Convenant en het non-concurrentiebeding bij de overdracht van Velsen-zuid hebben de betrokken ondernemingen hun gemeenschappelijke wil te kennen gegeven om twee nieuwe organisaties te creëren met ieder een eigen werkgebied en om die werkgebieden van elkaar gescheiden te houden in die zin dat de twee nieuwe organisaties niet met elkaar zouden concurreren. Na de inwerkingtreding van de WMO is de gebiedsverdeling voor wat betreft de huishoudelijke zorg beëindigd. Bij de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst en de daarbij behorende side-letter zijn de betrokken ondernemingen echter overeen gekomen om voor de verpleging en verzorging thuis naar

⁶⁷ Zie o.a. GvEA, 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II)*, gev. zaken T-305/94 e.a., Jurispr. p. II-931, ro 715.

⁶⁸ Zie o.a. Beschikking van de Commissie 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen*, PB. L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, *Polypropyleen*, zaak T-7/89, ro 262-264.

elkaar door te verwijzen en tevens om ook na de in werking treding van de WMO de gescheiden werkgebieden voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis in stand te houden.

147. *Viva!* brengt naar voren dat de side-letter slechts een toezegging is en daarmee een eenzijdige mededeling die om die reden zou zijn toegestaan.
148. De *Raad* heeft in randnummer 134 geconstateerd dat in tegenstelling tot wat *Viva!* stelt, er niet alleen maar sprake is van een eenzijdige verklaring van *Viva!*, maar dat er intensief overleg geweest is tussen *Viva!* en Zorgbalans over de inhoud van de side-letter en dat de side-letter bovendien niet alleen door *Viva!* maar ook door Zorgbalans is ondertekend. Op grond daarvan concludeert de *Raad* dat de side-letter onderdeel uitmaakt van de Samenwerkings- en aandeelhouderovereenkomst en dat *Viva!* en Zorgbalans daarmee hun gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven om de gebiedsverdeling voor de persoonlijke verzorging en verpleging te handhaven.

5.2.2 Mededingingsbeperking

De relevante productmarkten en relevante geografische markt

149. Zoals hierboven 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.
150. De *Raad* stelt vast dat de betrokken gedragingen betrekking hebben op het leveren van a) persoonlijke verzorging en verpleging thuis en b) huishoudelijke verzorging thuis, beide in de zorgkantoorregio Kennemerland.
151. Uit eerder onderzoek door de NMa blijkt dat er in de thuiszorg ten minste twee relevante productmarkten zijn te onderscheiden: de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis en de markt voor huishoudelijke verzorging thuis.⁶⁹
152. Tevens heeft de *Raad* in eerdere besluiten vastgesteld dat de geografische markt voor de persoonlijke verzorging en verpleging thuis net als voor de huishoudelijke verzorging thuis de regio van het zorgkantoor is. Dit in verband met de bestaande drempels om actief te worden in een andere zorgkantoorregio.⁷⁰

⁶⁹ 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*.

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld het besluit van de NMa in zaak 4198/ *Proteion – TML – LvGG*, het besluit van de NMa in zaak 4988/ *Oosterlengte – Thuiszorg Groningen – Sensire* en het besluit van de NMa in zaak 4212/ *De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*.

153. *Viva!* brengt naar voren dat de geografische markt groter is dan de zorgkantoorregio. *Viva!* stelt dat, mede gelet op een uitspraak van de voorzieningenrechter te Den Haag, de financieringssystematiek van de thuiszorgsector geen belemmeringen inhoudt om te concurreren met thuiszorginstellingen in de andere door Achmea Zorgkantoren beheerde AWBZ-regio's, te weten de regio's Drenthe, Flevoland, Kennemerland, Rotterdam, Zaanstreek/Waterland en Zwolle. *Viva!* stelt dat zij concurreert met alle in deze regio's werkzame (extramurale) zorgaanbieders. Tijdens de hoorzitting heeft *Viva!* ten aanzien van de relevante markt verwezen naar een recente brief van Achmea Zorgkantoren, waaruit blijkt dat de concurrentievoorwaarden in de AWBZ-regio's die door Achmea zorgkantoren worden beheert, homogeen zijn. Dit betekent dat de relevante geografische markt alle door Achmea beheerde AWBZ-regio's omvat.
154. De *Raad* gaat niet mee met het betoog van *Viva!* dat als gevolg van de genoemde rechterlijke uitspraak concurrentie tussen aanbieders plaatsvindt om het totale budget van alle zorgkantoorregio's van de Achmeagroep. Het is juist dat er door het zorgkantoor in beperkte mate tussen de verschillende regio's met budgetten geschoven kan worden ingeval er sprake is van een tekort in de ene regio en een overschot in de andere. Nog daargelaten dat niet is gesteld dat in het onderhavige geval concreet sprake is van dergelijke geldstromen, brengt dit nog niet mee dat *zorgaanbieders* uit de verschillende regio's, bijvoorbeeld Drenthe en Kennemerland, direct met elkaar in concurrentie treden. Op basis van de hiervoor genoemde besluiten van de NMa, de daarin genoemde onderzoeksresultaten en de daarin geconstateerde uit de financieringssystematiek van de AWBZ voortvloeiende drempels om actief te worden in een andere zorgkantoorregio blijft de *Raad* bij zijn conclusie dat de concurrentievoorwaarden voor ondernemingen die gevestigd zijn in verschillende zorgkantoorregio's, niet homogeen zijn en dat de relevante geografische markt in het onderhavige geval de zorgkantoorregio Kennemerland is.
155. *Zorgbalans* stelt zich daarentegen op het standpunt dat de relevante geografische markt kleiner is dan de zorgkantoorregio en dat het Noordzeekanaal een belangrijke barrière voor het aanbieden van geïntegreerde wijkgerichte zorg. Wil zorg tegen een kostendekkend tarief worden aangeboden, dan moeten de zorgmedewerkers dicht bij de klant wonen. Bovendien zijn er sociale en culturele verschillen tussen het gebied boven en onder het Kanaal. *Zorgbalans* verwijst hiervoor naar een besluit van de NMa waarbij zij constateerde dat het Noordzeekanaal als een natuurlijke en sociaal/ culturele barrière wordt gezien.⁷¹
156. Naar aanleiding van het standpunt van *Zorgbalans* dat het Noordzeekanaal een belangrijke barrière vormt voor het aanbieden van geïntegreerde wijkgerichte zorg merkt de *Raad* op dat uit de activiteiten van de betrokken ondernemingen zelf blijkt dat het Noordzeekanaal niet een zodanige barrière vormt dat de regio Kennemerland daarom zou moeten worden opgesplitst in twee relevante geografische markten. In de eerste plaats werkte TIJvóór de overdracht in Velsen-zuid, ten zuiden van het Noordzeekanaal, samen met SOV. Voorts spreekt *Viva!* na de

⁷¹ Besluit van de NMa in zaak 5632/ GGZ Noord-Holland-Noord – GGZ Dijk en Duin.

inwerkingtreding van de WMO af om ten zuiden van het Noordzeekanaal geen V&V diensten te leveren, maar vinden er in het voorjaar van 2008, dus na het uitbrengen van het rapport in de onderhavige zaak, fusiebesprekingen plaats tussen Viva! en een andere instelling die intramurale zorg levert ten zuiden van het Noordzeekanaal. Als het Noordzeekanaal daadwerkelijk zo'n belangrijke barrière gevormd zou hebben, zou zij in de eerste plaats niet hebben hoeven afspreken geen zorg ten zuiden van het Noordzeekanaal te leveren en in de tweede plaats geen besprekingen met een andere instelling aangevangen zijn toen de samenwerking met Zorgbalans beëindigd was. Ook in de situatie dat Viva! alleen wijkgerichte zorg wil aanbieden, vormt het Noordzeekanaal derhalve geen barrière. Hieruit blijkt dat de regio Kennemerland als één geografische markt beschouwd moet worden.

157. Met betrekking tot het eerdere besluit van de NMa waarnaar Zorgbalans verwijst voor haar stelling dat het Noordzeekanaal wordt gezien als een natuurlijke en sociaal/ culturele barrière, merkt de Raad op dat dit besluit de intramurale zorg (geestelijke gezondheidszorg) betreft en geen betrekking heeft op de extramurale thuiszorg zoals de onderhavige zaak. De reistijd om te komen van 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 reis niet meer hoeft te maken. 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.
158. De door de betrokken ondernemingen ingebrachte argumenten zijn voor de Raad daarom geen aanleiding de relevante markt anders af te bakenen.

Tussenconclusie

159. Op grond van het bovenstaande concludeert de Raad dat de relevante markten in casu a) de markt voor persoonlijke verzorging en verpleging thuis en b) de markt voor huishoudelijke verzorging thuis in de zorgkantorregio Kennemerland zijn.

Doelbeperking

160. Vervolgens dient te worden nagegaan of het geheel van overeenkomsten naar zijn aard mededingingsbeperkend is. Volgens vaste jurisprudentie moet de NMa de context van de betrokken overeenkomst onderzoeken om te kunnen vaststellen of sprake is van het doel of de strekking om de mededinging te beperken. Indien de overeenkomsten naar hun aard mededingingsbeperkend zijn, behoeft de Raad geen nader onderzoek te doen naar de concrete gevolgen van de overeenkomsten.
161. 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 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.⁷²

162. Anders dan *Viva!* en *Zorgbalans* stellen heeft de Raad wel degelijk de context onderzocht, hetgeen blijkt uit het uitgebreide onderzoek naar zowel de van toepassing zijnde wet- en regelgeving, de inhoud van het Convenant, de activa-overeenkomst ten behoeve van de overdracht van Velsen-zuid, de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst en de side-letter als de daaraan voorafgaande voorgeschiedenis, de toelichting van de betrokken ondernemingen zelf op deze overeenkomsten en hun gedrag in de praktijk.
163. 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 patiënten 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.
164. Voorts heeft de Raad hiervoor in hoofdstuk 4, randnummers 140 en 141 vastgesteld, dat de betrokken ondernemingen ervoor gekozen hebben om nauw met elkaar samen te werken in plaats van met elkaar te concurreren. Met dat doel hebben de betrokken ondernemingen ervoor gekozen via twee fusies en een overdracht van een deel van de activiteiten twee nieuwe organisaties tot stand te brengen, ieder met een eigen werkgebied: ten noorden respectievelijk ten zuiden van het Noordzeekanaal. Tevens hebben zij besloten om de aldus tot stand gebrachte gebiedsverdeling in stand te houden en niet met elkaar te concurreren. Na de inwerkingtreding van de WMO besloten de betrokken ondernemingen ieder voor zich in te schrijven op de aanbestedingen van de gemeenten; zij beëindigden daarmee de verdeling van de werkgebieden voorzover het de huishoudelijke verzorging betrof. Wel bleven zij in overleg over de mogelijke ontwikkelingen op de markt en besloten zij om, toen aan *Viva!* na aanbesteding de opdracht voor de verlening van de huishoudelijke zorg was verleend, een gemeenschappelijke dochteronderneming op te richten om deze opdracht uit te voeren.

⁷² CBb 28 oktober 2005 *Modint*, AWB 04/794 en AWB 04/829, LJN: AU5316 ro 7.2.2.

Tevens spraken zij af dat de gemeenschappelijke dochteronderneming de patiënten ten zuiden van het Noordzeekanaal die V&V nodig hadden, zou doorverwijzen naar Zorgbalans en dat Viva! naast de huishoudelijke zorg niet ook persoonlijke verzorging en verpleging ten zuiden van het Noordzeekanaal zou leveren.

165. De Raad stelt vast dat uit de inhoud van het geheel van overeenkomsten geplaatst in de context waarin zij hebben plaatsgevonden, blijkt dat de betrokken ondernemingen tot doel hadden om de concurrentie tussen hen te beperken. Het geheel van de betrokken overeenkomsten leidt noodzakelijkerwijs tot - en strekt daarom ook tot - een beperking van de mededinging, omdat Viva! en Zorgbalans niet in elkaars gebied actief zijn en niet met elkaar concurreren waardoor cliënten niet meer de keus hebben tussen Viva! of Zorgbalans, maar gedwongen zijn zich te richten tot de onderneming die op basis van de afspraken haar diensten in hun woongebied aanbiedt. 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 kunnen in dat geval de partijen in beginsel niet stellen dat het niet de bedoeling was om de mededinging te beperken of dat met de overeenkomst ook een ander doel werd nagestreefd.⁷³ Dat de betrokken ondernemingen bij het tot stand brengen van de twee nieuwe ondernemingen mede aandacht hebben gehad voor hun doel om wijkgerichte zorg te realiseren, doet daar niet aan af. Was alleen het tot stand brengen van wijkgerichte zorg het doel geweest, dan was het niet nodig geweest om de concurrentie tussen Viva! en Zorgbalans te beperken. De beperking van de concurrentie tussen Viva! en Zorgbalans was derhalve een doel op zichzelf.
166. *Viva!* is van mening dat de overwegingen ten aanzien van de concurrentie in het licht van de zorginhoudelijke context dienen te worden beoordeeld. Alle betrokken ondernemingen vreesden dat de concurrentie tussen de zorgaanbieders zou leiden tot een aantasting van de reeds ingezette samenwerkingsprojecten in de diverse wijken in de regio's Midden-Kennemerland Noord en Velsen-zuid terwijl de eerste resultaten van die projecten zeer positief waren. *Viva!* geeft aan dat de belangrijkste beweegreden voor de verschillende fusieprocessen was om de wens van de cliënten om zorg- en dienstverlening dichtbij de vertrouwde woon- en leefomgeving te kunnen ontvangen door de vorming van woonzorgzones te realiseren. Het zorginhoudelijke aspect in de verschillende fusieprocessen is leidend geweest. Tevens benadrukt *Viva!* dat het zorgkantoor Kennemerland deze bewegingen volledig steunde. Het zorgkantoor had hiermee niet ingestemd wanneer het motief zag op het tot stand brengen van een marktverdeling.
167. Ook *Zorgbalans* heeft aangegeven dat de strekking van het Convenant en de overdracht van Velsen-zuid een geheel andere was dan marktverdeling en tot doel had om het concept van geïntegreerde wijk- en ketenzorg te implementeren. Zowel *Viva!* als *Zorgbalans* wijzen op de al vanoudsher tussen de betrokken ondernemingen bestaande samenwerking. In Velsen-zuid was SOV de aanbieder van intramurale zorg. SOV werkte van oudsher al samen met

⁷³ Zie HvJEG, 8 november 1983, *IAZ/Commissie*, gev. zaken 96-102 e.a., Jur. 1983, p. 3411.

Thuiszorg IJmond. In 2001 en 2002 werd besloten om alle extramurale en intramurale zorg en dienstverlening van eerstelijnszorgorganisaties aan elkaar te koppelen en in de eigen vertrouwde omgeving aan te bieden. De gemeente Velsen en het zorgkantoor steunden deze samenwerking, het zorgkantoor bood ook financiële ondersteuning. Thuiszorg IJmond koos er voor om haar geïntegreerde zorg en dienstverlening op wijkniveau in Velsen te laten aansluiten op die van SOV en de Zorgbalans Groep, wat leidde tot de overdracht van de thuiszorgactiviteiten van Thuiszorg IJmond in Velsen-zuid.

168. De Raad wijst er op dat het volgens vaste jurisprudentie niet nodig is te bewijzen dat de betrokken ondernemingen de subjectieve intentie hadden om de mededinging te beperken.⁷⁴ Die intentie kan echter wel een relevante factor voor de beoordeling zijn⁷⁵ en was in de onderhavige zaak wel aanwezig, zoals blijkt uit de in hiervoor al opgenomen documenten en verklaringen. Zoals aangegeven in randnummer 161 moet de strekking ofwel het doel van een overeenkomst echter in de eerste plaats worden afgeleid uit de bepalingen van de overeenkomst zelf, geplaatst in de juridische en economische context waarin de overeenkomst is tot stand gekomen. De Raad heeft vastgesteld dat het geheel van de betrokken overeenkomsten noodzakelijkerwijs leidt tot een beperking van de mededinging, omdat Viva! en Zorgbalans op grond daarvan niet in elkaars gebied actief zijn en niet met elkaar concurreren waardoor cliënten niet meer de keus hebben tussen Viva! of Zorgbalans, maar gedwongen zijn zich te richten tot de onderneming die op basis van de afspraken haar diensten in hun woongebied aanbiedt.⁷⁶ Dat de betrokken ondernemingen bij het tot stand brengen van de twee nieuwe ondernemingen mede aandacht hebben gehad voor hun doel om wijkgerichte zorg te realiseren, doet daar niet aan af.
169. Ten aanzien van hetgeen door de betrokken ondernemingen is aangevoerd over de sturende rol van het zorgkantoor merkt de Raad allereerst op dat de steun van het zorgkantoor weliswaar de overdracht van Velsen-zuid aan Zorgbalans betrof, doch dat het zorgkantoor zich niet heeft uitgelaten over, laat staan een sturende rol heeft gehad bij de bepaling van de inhoud van de betrokken overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht of de daarin opgenomen non-concurrentiebepalingen. Daarmee heeft het zorgkantoor ook geen rol gespeeld bij het instandhouden van twee gescheiden werkgebieden. Dat het zorgkantoor zich heeft geschaard achter het streven om wijkgerichte zorg tot stand te brengen, impliceert niet dat het zorgkantoor daarmee de gebiedsverdeling tussen Viva! en Zorgbalans heeft geaccordeerd. Daarbij merkt de Raad op dat de subsidieregeling waarnaar de betrokken partijen hebben verwezen, betrekking heeft op een periode ruim gelegen voor 25 januari 2005, zodat deze niet relevant is voor de overdracht van Velsen-zuid aan Zorgbalans. De Raad constateert bovendien dat de geanonimiseerde verklaring van een (oud-) medewerker van het zorgkantoor geen standpunt inhoudt ten aanzien van het non-concurrentiebeding.

⁷⁴ Zie HvJEG, *Société Technique Munière*, zaak 56/65, Jur. 1966, blz. 391; zaak 19/77, *Miller International Schalplatten GmbH t. Commissie*, Jurispr. 1978, p. 131, r.o. 7.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Zie HvJEG, 8 november 1983, *IAZ/Commissie*, gev. zaken 96-102 e.a., Jur. 1983, p. 3411.

170. In haar zienswijze gaat *Viva!* voorts in op de vorming van de nevenbedrijven. Zij voert aan dat voor de nevenactiviteiten, met uitzondering van de jeugdgezondheidszorg, naast een maatschappelijk motief een bedrijfseconomisch motief gold en dat *Zorgbalans* en *Viva!* deze activiteiten hebben gecombineerd vanwege de schaalgrootte.
171. Ten aanzien van de in verband met de nevenbedrijven gemaakte opmerkingen, merkt de *Raad* op dat deze vormen van samenwerking buiten de scope van het rapport vallen en ook in het onderhavige besluit niet als overtreding zijn aangemerkt.
172. Vervolgens brengt *Zorgbalans* naar voren dat de overdracht niet heeft geleid tot hogere prijzen dan wel kwaliteitsverlaging van de zorg en dat het zorgkantoor tot op heden nooit klachten van cliënten in die zin heeft ontvangen.
173. De *Raad* merkt op dat de samenwerking tussen de betrokken ondernemingen tot doel had de onderlinge concurrentie te verhinderen, te beperken dan wel te vervalsen. De nadelen daarvan hebben zich op verschillende punten doen kunnen gevoelen. Zo is door de uitschakeling van die onderlinge concurrentie de keus voor de afnemers beperkt en zijn de ondernemingen zoveel mogelijk in staat gesteld om een bepaald volume te behouden. Doordat ook de druk om beter te presteren door de beperking van de onderlinge concurrentie wegviel, zijn de ondernemingen niet tot die (kwaliteits)verbeteringen gekomen waartoe zij anders mogelijk wel hadden kunnen komen. Dat de prijzen niet zijn gestegen, is, voorzover die constatering juist is, gunstig maar zal waarschijnlijk het gevolg geweest zijn van het feit dat voor de onderhavige diensten maximumprijzen zijn vastgesteld en zegt bovendien niets over de mogelijkheid dat de prijzen zich zonder de afspraak mogelijk naar beneden toe geëvolueerd zouden kunnen hebben.
174. *Viva!* voert vervolgens aan dat zij met toestemming van *Zorgbalans* het concept van de side-letter ofwel het "Herenakkoord" ter toetsing aan een advocaat heeft voorgelegd en dat hieruit blijkt dat zij niet de bedoeling had om de concurrentie te beperken. Ook *Zorgbalans* stelt dat zij altijd duidelijk heeft gecommuniceerd dat haar wensen nog zouden worden gecontroleerd op verenigbaarheid met het mededingingsrecht.
175. Aangezien de betrokken ondernemingen zich beroepen hebben op het beginsel van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt en zij de *Raad* geen inzage hebben gegeven in de reactie van de advocaat, kan de *Raad* zich ten aanzien van de feitelijke juistheid van dit argument geen oordeel vormen. Wat hiervan ook zij, een advies van een advocaat over de toepassing van de Mededingingswet ontslaat de *Raad* niet van de verplichting om zelfstandig en onafhankelijk tot een oordeel te komen over het antwoord op de vraag of een overeenkomst al dan niet tot doel had om de mededinging te beperken. Om die vraag te beantwoorden zal de *Raad* zoals aangegeven moeten uitgaan van de inhoud van de overeenkomst, bezien in de context waarin zij is tot stand gekomen. Op de stelling van de ondernemingen dat zij niet de bedoeling hadden om de concurrentie te beperken is hiervoor al ingegaan.

176. Het argument van *Viva!* dat zij de intentie-overeenkomst niet zou kennen, treft geen doel. Doorslaggevend in dit verband is dat zij wel de artikelen van de Samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst en de bijbehorende side-letter heeft gekend en heeft ondertekend (vgl. randnummer 134).

Tussenconclusie

177. De Raad komt op grond hiervan tot de conclusie dat het geheel van de genoemde overeenkomsten, bezien in de context van de onderhavige zaak, ertoe strekt de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

Merkbaarheid

178. Wanneer, zoals in de onderhavige zaak, is vastgesteld dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van die overeenkomst niet nader te worden onderzocht.⁷⁷ Een dergelijke overeenkomst ontkomt 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 kan beïnvloeden.
179. 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 de overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische 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.⁷⁸
180. In dit verband merkt de Raad het volgende op. *Viva!* en *Zorgbalans* zijn de twee grootste aanbieders van persoonlijke verzorging en verpleging thuis in de zorgkantorregio Kennemerland. Het gezamenlijke marktaandeel in 2006 was [50-60] procent. In 2007 bedroeg het marktaandeel van de betrokken ondernemingen zelfs [70-80] procent. In totaal waren er in 2006 en 2007 in de zorgkantorregio Kennemerland 14 aanbieders van extramurale AWBZ-zorg. De derde grote aanbieder in de zorgkantorregio Kennemerland had een marktaandeel van [10-20] procent voor persoonlijke verzorging thuis en verpleging thuis. Het overige deel van de markt was sterk versnipperd met marktaandelen van [0-10] procent.
181. *Viva!* en *Zorgbalans* waren in 2006 ook de twee grootste aanbieders van huishoudelijke verzorging thuis in de zorgkantorregio Kennemerland. Het gezamenlijke marktaandeel in 2006 was [90-100] procent.

⁷⁷ Zie o.a. HvJEG 13 juli 1966, *Commissie / Anic Participazioni*, C-49/92 (reeds aangehaald) ro 112-114 en zaak 58/64, *Consten-Grundig / Commissie*. Jur. 1966, p. 449.

⁷⁸ CBB 7 december 2005 *Secon Group BV en G-star International*, zaken AWB 04/237, AWB 04/249, L.N: AU 8309.

182. Op basis van de hoge marktaandelen die de betrokken ondernemingen op de relevante markten innemen stelt de Raad vast dat de door hen tot stand gebrachte concurrentiebeperkingen merkbaar zijn.

Tussenconclusie

183. Op grond van het voorgaande is de Raad van oordeel dat het geheel van de genoemde overeenkomsten de mededinging merkbaar heeft beperkt en derhalve in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw.

5.3 Artikel 6, derde lid, Mw en artikel 10 Mw

Artikel 6, derde lid, Mw

184. In artikel 6, derde lid, Mw, is een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw opgenomen. Op grond van artikel 6, vierde lid, Mw dient een onderneming die zich op artikel 6, derde lid, Mw beroept, te bewijzen dat aan de vereisten van dat lid is voldaan. Viva! noch Zorgbalans hebben zich op deze uitzondering beroepen. Beide ondernemingen hebben dus geen poging ondernomen, laat staan dat zij daarin geslaagd zouden zijn, om aan te tonen dat aan de voorwaarden van het derde lid van artikel 6 Mw is voldaan. Desalniettemin zal hierna ten overvloede worden gezien of het geheel van de onderhavige overeenkomsten voldoet aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.
185. Het geheel van de onderhavige overeenkomsten beperkt de concurrentie veel verdergaand dan nodig zou zijn voor het tot stand brengen van een verbetering van de kwaliteit van de zorg of voor het realiseren van wijkgerichte zorg, wat door Viva! en Zorgbalans is aangevoerd als motief voor hun onderlinge samenwerking. Het aan Viva! en Zorgbalans toekennen van een "eigen" werkgebied is niet instrumenteel, laat staan noodzakelijk, voor het tot stand brengen van wijkgerichte zorg. Het staat in feite geheel los van dat doel en vervult geen functie bij het bereiken daarvan. De betrokken ondernemingen hebben met hun gebiedsverdeling de concurrentie in sterke mate beperkt. Dit ten nadele van de cliënt die daardoor voor een belangrijk deel zijn keuzevrijheid verloor. 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 over de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten als een doelbeperking aangemerkt.⁷⁹ Aangenomen wordt dat dergelijke beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. De Raad concludeert derhalve dat aan de eerste voorwaarde van artikel 6, derde lid, Mw niet is voldaan. Toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, Mw komt daarom niet in aanmerking.

⁷⁹ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb 2001, C3/2.

186. *Viva!* verwijst in een ander verband naar het ECRI-rapport, waarin onder andere de potentiële effecten van marktverdelingsafspraken zijn onderzocht. In het ECRI-rapport wordt geconcludeerd dat marktverdelingsafspraken positieve effecten kunnen hebben, namelijk efficiencyverbeteringen en meer evenwichtige machtsposities. Bij de efficiencyvoordelen onderscheidt ECRI diverse voordelen, namelijk vermindering reiskosten, ketenzorg, versterking sociale netwerk en waarborging van de continuïteit van de zorg. *Viva!* stelt dat de NMa de positieve gevolgen had moeten wegen.
187. De Raad plaatst dit argument van *Viva!* in het kader van artikel 6, derde lid, Mw en 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.
188. De Raad concludeert dat hij op grond van het bovenstaande geen reden ziet om af te wijken van de in randnummer 185 weergegeven conclusie dat aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw alsmede aan de voorwaarden van artikel 6, vierde lid, Mw niet is voldaan.

Artikel 10 Mw

189. *Viva!* en *Zorgbalans* zijn ten aanzien van artikel 15 van de Overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van zekere activa van 30 juni 2006 van mening dat deze bepaling een geoorloofde nevenrestrictie vormt in de zin van de Mededeling Nevenrestricties van de Europese Commissie en dat die op grond van artikel 10 Mw van de werking van artikel 6, eerste lid, Mw is vrijgesteld. Zij stellen dat, in tegenstelling tot wat de NMa beweert in het rapport, *Viva!* wel degelijk een vergoeding heeft ontvangen voor de overdracht van die activiteiten en dat er geen sprake is geweest van een budgetneutrale transactie.

190. Viva! en Zorgbalans stellen verder dat in artikel 15.3 van de overeenkomst sprake is van een niet-verwervingsbeding voor de duur van twee jaar na de datum van overdracht van de activiteiten in Velsen-zuid waarvan de geografische reikwijdte is beperkt tot de regio waarin de overgedragen activiteiten werden uitgevoerd, in casu Velsen-zuid.
191. De Raad merkt hierover het volgende op. Zoals al is geconstateerd in randnummer 134 beperkt artikel 15.1 de concurrentie voor een langere periode dan noodzakelijk is om de belangen van de verkrijgende onderneming, in casu Zorgbalans, te beschermen, aangezien in de overeenkomst wordt gesproken over een periode van “twee jaren na de Effectieve Datum – of zoveel langer als Koper aan Verkoper op grond van de Artikelen 4.1 en 5.4 een vergoeding voor Achterblijvende Kosten betaalt” en gebleken is dat Zorgbalans nog in februari 2007 een vergoeding voor de achterblijvende kosten betaalt. Bovendien is daarnaast in artikel 15.3 afgesproken dat de betrokken ondernemingen zich wederzijds jegens elkaar verplichten om geen werknemers, afnemers, leveranciers of andere bij de partijen betrokken rechtspersonen of organisaties van elkaar te werven. Hierbij is er sprake van een wederzijdse verplichting, terwijl het om een eenzijdige overdracht gaat, en is niet afgesproken dat die, anders dan Viva! en Zorgbalans stellen, alleen geldt voor Velsen-zuid.
192. Daar komt bij dat een non-concurrentiebeding alleen is toegestaan wanneer goodwill en/of know how is overgedragen. De Raad constateert dat de betrokken ondernemingen over het al dan niet overdragen van goodwill tijdens de hoorzitting geen congruente verklaringen hebben afgelegd. Enerzijds is verklaard dat er geen sprake is geweest van goodwill, anderzijds is gesteld dat de goodwill in de kostprijs is verrekend en tenslotte is verklaard dat er nog achtergestelde kosten worden betaald en dat hierin de goodwill wordt verrekend. Wat hier ook van zij en ook al zou het zo zijn dat de betrokken ondernemingen om hun moverende redenen liever niet van goodwill spreken maar dat er in feite wel goodwill is betaald, dan nog is de Raad van oordeel dat de bedingen zoals opgenomen in de artikelen 15.1 en 15.3 van de activa-overeenkomst verder reiken dan strikt noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van Zorgbalans. De Raad constateert derhalve dat de onder het kopje “Non-concurrentiebeding” geplaatste bedingen van de overeenkomst tot koop, verkoop en overdracht van Velsen-zuid tesamen genomen niet voldoen aan de eisen die worden gesteld aan toegestane nevenrestricties en de concurrentie beduidend meer dan mogelijk gerechtvaardigd zou zijn, beperken.

Conclusie

193. De Raad concludeert dat het geheel van de onderhavige overeenkomsten tot doel heeft de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en dat aan de voorwaarden voor het van toepassing zijn van artikel 6, derde lid, Mw en artikel 10 Mw niet is voldaan.

5.4 Duur van de overtreding

194. Op 20 januari 2005 zijn de betrokken ondernemingen het Convenant aangegaan. Zoals vastgesteld (randnummers 118-121), zijn zij daarbij overeen gekomen om via fusies en de overdracht van een deel van de activiteiten twee nieuwe organisaties tot stand te brengen, ieder met een eigen werkgebied: ten noorden dan wel ten zuiden van het Noordzeekanaal. Tevens zijn de betrokken ondernemingen overeen gekomen om de aldus tot stand gebrachte gebiedsverdeling in stand te houden en niet met elkaar te concurreren. De overtreding is derhalve aangevangen op 20 januari 2005.
195. Met de inwerkingtreding van de WMO hebben de betrokken ondernemingen hun gebiedsverdeling voor de huishoudelijke verzorging thuis beëindigd. Hoewel de aanbestedingsprocedures al in de tweede helft van 2006 hebben plaats gevonden, heeft het effect van de overtreding voortgeduurd tot 1 januari 2007. Pas toen Viva! de aanbesteding had gewonnen, heeft zij zich via de oprichting van de gemeenschappelijke dochter met Zorgbalans gereed gemaakt om huishoudelijke verzorging thuis ten zuiden van het Noordzeekanaal te kunnen bieden.
196. De Raad heeft tevens vastgesteld dat de in het Convenant gemaakte afspraak met betrekking tot persoonlijke verzorging en verpleging heeft voortgeduurd tot de datum van het opmaken van het rapport, zijnde 18 december 2007.
197. *Zorgbalans en Viva!* hebben in hun zienswijzen niets over de duur van de overtreding gemeld. Wel wijst Viva! erop dat het dossier van de NMa geen documentatie bevat die betrekking heeft op de periode na 10 juli 2007 en dat de NMa derhalve geen vermeende inbreuk zou kunnen vaststellen voor de periode na 10 juli 2007.⁸⁰
198. De Raad merkt op dat het Convenant voor onbepaalde duur is aangegaan. Tevens wijst de Raad erop dat in de thuiszorg sprake is van een jaarlijkse cyclus in verband met de contractering door de zorgkantoren. Meer zorg leveren dan was overeen gekomen met het zorgkantoor wordt niet steeds uitbetaald. Dat betekent dat een thuiszorginstelling niet in de loop van een jaar opeens klanten zal gaan werven of zorg zal gaan verlenen buiten het gebied waar zij dat tot dan toe deed. Er moet naar het oordeel van de Raad daarom vanuit gegaan worden dat de overtreding dan wel het effect daarvan in ieder geval heeft voortgeduurd tot 18 december 2007, zijnde de datum van het rapport.

⁸⁰ Brief van 25 juli 2007, documentnummer 6108/226.

6 TOEREKENING

199. 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.
200. De ondernemingen die vorengenoemde overtredingen hebben begaan zijn Stichting Viva! Zorggroep, Stichting Thuiszorg IJmond, Stichting Partners in de Zorg en Stichting Zorgbalans, mede in de hoedanigheid van rechtsopvolger van Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting Zorgbalans Groep.
201. Per 1 januari 2006 is Stichting Zorgbalans opgericht door Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting ZorgBalans Groep en is sinds die datum de rechtsopvolger van Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting ZorgBalans Groep. Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting ZorgBalans Groep zijn per 1 januari 2006 opgehouden te bestaan. De overtreding van voor 1 januari 2006 begaan door Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting ZorgBalans Groep wordt toegerekend aan de rechtsopvolger Stichting Zorgbalans.⁸¹
202. Over de situatie van 'moederstichting' Stichting ViVa! Zorggroep en haar 'dochterstichtingen' Stichting Thuiszorg IJmond en Stichting Partners in de Zorg die sinds 30 december 2005 bestaat, wordt het volgende opgemerkt. De rechtspersoon die een overtreding feitelijk heeft gepleegd, kan hiervoor aansprakelijk worden gehouden. Indien deze rechtspersoon echter niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar handelt volgens instructies die door statutair bestuurder/moedermaatschappij worden gegeven, vormt zij samen met haar moedermaatschappij een economische eenheid en daarom één onderneming in mededingingsrechtelijke zin en worden de gedragingen van de dochtermaatschappij ook aan haar moedermaatschappij toegerekend. Dit is vanaf 30 december 2005 het geval bij Stichting ViVa! Zorggroep en haar 'dochterstichtingen' Stichting Thuiszorg IJmond en Stichting Partners in de Zorg. Uit de statuten van Stichting ViVa! Zorggroep, Stichting Thuiszorg IJmond en Stichting Partners in de Zorg blijkt dat Stichting ViVa! Zorggroep een beslissende invloed op haar dochterstichtingen uitoefent. Stichting ViVa! Zorggroep is enig statutair bestuurder van zowel Stichting Thuiszorg IJmond en Stichting Partners in de Zorg. Hiernaast hebben Stichting Thuiszorg IJmond en Stichting Partners in de Zorg geen eigen Raad van Toezicht. De Raad van Toezicht van Stichting ViVa! Zorggroep houdt tevens toezicht op het bestuur van de dochterstichtingen.⁸²

⁸¹ Akte van oprichting van Zorgbalans van 31 december 2005 (documentnummer 6108/97), akte van fusie van Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting en Stichting ZorgBalans Groep van 31 december 2005 (documentnummer 6108/94).

⁸² Akte van oprichting en akte van statutenwijziging van Stichting ViVa! Zorggroep van respectievelijk 30 december 2005 en 9 maart 2006 (documentnummer 6108/91), akte van statutenwijziging van Thuiszorg IJmond van 30 december 2005 (documentnummer 6108/16) en akte van statutenwijziging van Partners in de Zorg van 30 december 2005 (documentnummer 6108/17).

203. Daarnaast zal de overtreding voor de periode van vóór de oprichting van Stichting ViVa! Zorggroep eveneens aan Stichting ViVa! Zorggroep worden toegerekend. In de onderhavige zaak is sprake van een structurele band tussen enerzijds ViVa! Zorggroep en Stichting Partners in de Zorg. Stichting ViVa! Zorggroep is immers een entiteit die, tijdens de overtreding, op 30 december 2005 is opgericht door Stichting Thuiszorg IJmond en Stichting Partners in de Zorg. Bovenstaande overtreding is begaan door de economische eenheid die de drie stichtingen samen vormen en wordt daarom voor de gehele duur aan zowel de dochterstichtingen als aan de moederstichting toegerekend.
204. Van 20 januari 2005 tot 1 januari 2007 kan de overtreding voor huishoudelijke verzorging thuis worden toegerekend aan Stichting Viva! Zorggroep, Stichting Thuiszorg IJmond, Stichting Partners in de Zorg, Stichting Zorgbalans, mede in de hoedanigheid van rechtsopvolger van Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting Zorgbalans Groep.
205. Van 20 januari 2005 tot 18 december 2007 kan de overtreding voor persoonlijke verzorging en verpleging worden toegerekend aan Stichting Viva! Zorggroep, Stichting Thuiszorg IJmond, Stichting Partners in de Zorg, Stichting Zorgbalans, mede in de hoedanigheid van rechtsopvolger van Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting Zorgbalans Groep.

7 SANCTIE

7.1 Last onder dwangsom

206. 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.
207. 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 de onderhavige fusies op zichzelf gezien geen overtreding vormen en legt daarom geen last op om deze ongedaan te maken.

7.2 Boete

Juridisch kader

208. 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.
209. In hun zienswijzen 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.
210. 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).⁸³ Gedurende de overtreding en voor zover van belang voor de boetetoemeting in de onderhavige zaak zijn de beleidsregels ongewijzigd gebleven.
211. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de 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.
212. 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.
213. 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

⁸³ '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).

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.

214. 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.⁸⁴

Betrokken omzet en boetegrondslag

215. 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 Kennemerland zijn verricht op het gebied van het verlenen van huishoudelijke verzorging in de periode 20 januari 2005 tot 1 januari 2007 en op het gebied van persoonlijke verzorging en verpleging in de periode van 20 januari 2005 tot 18 december 2007. De betrokken ondernemingen hebben inzicht verschaft in de waarde van de hierboven genoemde transacties⁸⁵ 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:

Vival	EUR 53.376.514
Zorgbalans	EUR 84.086.538

216. 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:

Vival	EUR 5.337.651
Zorgbalans	EUR 8.408.653

De ernst van de overtreding

217. 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

⁸⁴ Documentnummer 6108/196.

⁸⁵ Documentnummers 6108/209 en 6108/211.

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.

218. De Boetecode noemt in randnummer 28 als voorbeeld van 'zeer zware overtredingen' onder meer horizontale marktverdelingsafspraken. De Raad acht in het onderhavige geval echter 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.
219. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad rekening met de concrete 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).
220. 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 AWBZ-zorg, 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 gebiedsverdeling vrijwel onvermijdelijke contractspartners.
221. 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.

222. Bovendien zijn er nog 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.
223. 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.
224. 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.
225. 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:

Vival	EUR 5.337.651
Zorgbalans	EUR 8.408.653

Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

226. Zoals in randnummer 47 van de Boetecode is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling in voorkomend geval boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.
227. De Raad acht geen boeteverhogende omstandigheden in de zin van randnummer 48 van de Boetecode aanwezig.
228. De Raad acht geen van de in randnummer 49 van de Boetecode bij wijze van voorbeeld vermelde boeteverlagende omstandigheden aanwezig.
229. 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 5 bij het inkoopbeleid 2008 van Achmea 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.⁸⁶

230. 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.⁸⁷
231. 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:

Viva!	EUR 5.337.651
Zorgbalans	EUR 8.408.653

Bijzondere omstandigheden betreffende de thuiszorgsector

232. 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 231 aangegeven boetes op algemene gronden van billijkheid en evenredigheid.
233. In het Visiedocument AWBZ-zorgmarkten⁸⁸ 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 tarieven.
234. 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

⁸⁶ Documentnummer 6108/210.

⁸⁷ Zie o.a. CBB 3 juli 2008, *AUV Dierenartsencoöperatie U.A.*, AWB 06/532 en 06/526 S1 (LJN: BD6629), punt 7.15.

⁸⁸ AWBZ-zorgmarkten, Informatie- en consultatiedocument, Den Haag, juni 2003.

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.

235. 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.
236. Op grond van deze combinatie van factoren zal de Raad de op te leggen boetes matigen met 25 procent. Na matiging bedragen de boetes:

Viva!	EUR 4.003.000
Zorgbalans	EUR 6.306.000

Zorgbalans

237. Zorgbalans heeft in het besloten gedeelte van de hoorzitting van 10 april 2008 een klemmend beroep gedaan op de Raad om rekening te houden met de zeer slechte financiële situatie van Zorgbalans. Het opleggen van een boete zou het faillissement van de onderneming waarschijnlijk maken, juist op een moment dat het nieuwe bestuur bezig is de onderneming te saneren.
238. In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) is bij artikel 57 Mw aangegeven dat “*de financiële positie van de onderneming in beginsel geen rol speelt bij de vaststelling van de hoogte van de boete*”. Daar voegt de MvT echter aan toe dat “*het aan de andere kant niet zo moet zijn dat een boete een faillissement van de Onderneming waarschijnlijk zou maken, daar een dergelijk verstrekend gevolg voor de individuele onderneming in verhouding tot het met het besluit te dienen doel niet in overeenstemming zou zijn met het evenredigheidsbeginsel.*”⁸⁹
239. Hieruit dient naar het oordeel van de Raad te worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat een onderneming niet in staat van faillissement geraakt ten gevolge van een door de Raad opgelegde boete. Als waarschijnlijk is dat een onderneming ten gevolge van de boete in staat van faillissement geraakt, bestaat aanleiding om van de hoofdregels van de Boetecode af te wijken. Het faillissement dient een direct gevolg te zijn van de boete. Indien het faillissement van een onderneming reeds om een andere reden waarschijnlijk is, dan bestaat naar het oordeel van de Raad geen aanleiding om de boete te matigen. In dat geval bestaat namelijk geen causaal verband tussen de boete en het (eventuele) faillissement van de onderneming.

⁸⁹ Kamerstukken II, 1995-96, 24 707, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 88-89.

240. De beoordeling of de boete het faillissement van een onderneming waarschijnlijk maakt, dient te geschieden aan de hand van de meest recente financiële gegevens van de onderneming, welke de actuele financiële positie weergeven en die zijn voorzien van een accountantsverklaring. Van belang is namelijk dat een faillissement van de onderneming waarschijnlijk is op het moment waarop aan de onderneming de boete wordt opgelegd.
241. Het uitgangspunt bij de boordeling is in beginsel de liquiditeit en de solvabiliteit van de onderneming. Ook andere factoren kunnen in aanmerking genomen worden, teneinde zich een nauwkeurig beeld te vormen van het toekomstperspectief van de onderneming in kwestie. Het is aan de onderneming om haar verzoek tot matiging van de boete (voldoende) te onderbouwen.
242. Zorgbalans heeft tijdens het besloten gedeelte van de hoorzitting en op verzoek van de Raad de benodigde informatie verstrekt over haar financiële situatie en de achtergronden daarvan. Op 23 juli 2008 heeft een externe deskundige van de Raad op grond van de goedgekeurde jaarcijfers over 2007 de financiële positie van Zorgbalans beoordeeld.⁹⁰
243. Op basis van de door Zorgbalans verstrekte gegevens en gelet op de bevindingen van de door de Raad ingeschakelde externe deskundige heeft de Raad de financiële situatie van Zorgbalans beoordeeld en geconstateerd dat de financiële situatie van de onderneming dusdanig is dat de boete haar faillissement waarschijnlijk maakt.
244. Op grond van het vorenstaande ziet de Raad aanleiding om de boete voor Zorgbalans te matigen.

Wettelijk maximum

245. 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

246. De boete wordt vastgesteld op:

Vival	EUR 4.003.000
Zorgbalans	EUR 800.000

⁹⁰ Beoordeling van 23 juli 2008.

BESLUIT

- I. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:
 - i) Legt aan Stichting Viva! Zorggroep, gevestigd te Beverwijk, Stichting Partners in de Zorg, gevestigd te Beverwijk en Stichting Thuiszorg IJmond, gevestigd te Heemskerk, een boete op van EUR 4.003.000 en stelt deze rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;
 - ii) Legt aan Stichting Zorgbalans, mede in de hoedanigheid van rechtsopvolger van Stichting Ouderenzorg Velsen en Stichting Zorgbalans Groep, gevestigd te Haarlem, een boete op van EUR 800.000.

- 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.