

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 49a van de Mededingingswet.

Nummer: 6274 / 573

Betreft zaak: 6274/ St. Carinova Leiboorn Groep – St. Carint-Reggeland Groep

1. Op 31 juli 2009 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) een aanvraag ontvangen als bedoeld in artikel 49a, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) van Stichting Carinova Leiboorn Groep (hierna: Carinova), een stichting naar Nederlands recht, te Deventer, en Stichting Carint-Reggeland Groep (hierna: Carint), een stichting naar Nederlands recht, te Hengelo. Beide ondernemingen worden hierna gezamenlijk aangeduid als 'partijen'.

Inhoud van de aanvraag

2. Partijen vragen de Raad om een toezeggingsbesluit te nemen in zaak 6274. Hiertoe hebben zij in hun aanvraag de volgende toezeggingen geformuleerd:

“Carinova en Carint zeggen ieder voor zich toe dat zij zich in de toekomst zullen onthouden van onderlinge coördinatie van hun marktgedrag en het aan elkaar verschaffen van inzicht in elkaars marktgedrag op een wijze die zou kunnen leiden tot coördinatie. Meer concreet zullen zij met name:

- *geen commercieel gevoelige informatie, zoals informatie over afnemers, voorwaarden of strategie, delen met elkaar, behalve in de context van een geanonimiseerde benchmark of marktonderzoek waaruit individuele gegevens niet kunnen worden afgeleid. Deze toezegging staat niet in de weg aan de uitwisseling van informatie tussen Carint en Carinova in het kader van een eventuele toekomstige voorgenomen concentratie dan wel een (andere) overdracht van activa, passiva en/of activiteiten waarbij zij beide betrokken zijn;*
- *elkaar niet informeren over, en geen afspraken maken ten aanzien van, toetreding(splannen) met betrekking tot elkaars historische werkgebied.*

Om deze toezeggingen controleerbaar te maken zullen Carinova en Carint:

- *notulen maken (en ter beschikking van de NMa houden) van alle bijeenkomsten tussen Carint en Carinova;*
- *vergaande medewerking verlenen aan de NMa bij toekomstige controle van de naleving van deze toezeggingen, inzage verlenen in alle relevante documenten en, indien gewenst, hierop een toelichting geven;*
- *de NMa informeren indien binnen twee jaar na datum van het toezeggingsbesluit de thuiszorgactiviteiten van een van hen overgaan naar de andere organisatie, ook indien geen sprake is van een meldingsplichtige concentratie in de zin van de bepalingen van hoofdstuk 5 van de mededingingswet;*
- *de NMa informeren indien zij binnen twee jaar na de datum van het toezeggingsbesluit voornemens zijn onderling informatie uit te wisselen met het oog op een voorgenomen concentratie tussen hen beiden dan wel een (andere) overdracht van activa, passiva en/of activiteiten waarbij zij beide betrokken zijn, ook indien geen sprake is van een meldingsplichtige concentratie in de zin van de bepalingen van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet.”*

Wettelijk kader

3. De mogelijkheid om een toezeggingsbesluit te nemen is vastgelegd in artikel 49a Mw. Op basis van artikel 49a, eerste lid, Mw kan een onderneming of ondernemersvereniging voordat een rapport is opgemaakt of, indien een rapport is vastgesteld, voordat een beslissing als bedoeld in artikel 62 Mw is genomen, een aanvraag doen bij de Raad tot het nemen van een besluit waarmee de Raad een in die aanvraag opgenomen toezegging voor de onderneming of de ondernemersvereniging bindend verklaart. Op basis van artikel 49a, eerste lid, onder a en b Mw strekt de bindend verklaring ertoe te voorkomen dat gehandeld wordt in strijd met artikel 6 of 24, eerste lid, Mw of dat het handelen in strijd met artikel 6 of 24, eerste lid, Mw wordt gestaakt.
4. Op grond van artikel 49a, tweede lid, Mw kan de Raad toezeggingen bindend verklaren, indien naar het oordeel van de Raad:
 - a. verzekerd is dat de onderneming of ondernemersvereniging als gevolg van het besluit zal handelen in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid;
 - b. de onderneming of de ondernemersvereniging aannemelijk maakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zal naleven; en
 - c. in een concreet geval het nemen van het besluit uit oogpunt van handhaving van de wet doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

5. Indien een toezegging bindend wordt verklaard, wordt volgens artikel 49a, derde lid, Mw afgezien van (het starten van of voortzetten van) een onderzoek, van het opstellen van een rapport of het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

Het oordeel van de Raad

6. Voor de beoordeling van de door partijen in zaak 6274 gedane aanvraag tot het nemen van een toezeggingsbesluit is allereerst naar het oordeel van de Raad van belang dat - volgens het rapport in zaak 6274 - partijen een non-concurrentiebeding zijn overeengekomen inhoudende dat zij geen concurrerende thuiszorgactiviteiten aanbieden in elkaars werkgebied.¹ Overeenkomsten en onderlinge afstemmingen van gedragingen die geografische markten verdelen, beperken naar hun aard de mededinging in ernstige mate; zulke gedragingen strekken ertoe de mededinging te beperken.²
7. Uit het door de Raad gepubliceerde handhavingsbeleid volgt dat toezeggingen in beginsel niet worden geaccepteerd als een mededingingsbeperking expliciet of evident het doel is van de betreffende gedraging(en).³ Ook in zijn besluit van 30 juni 2008 inzake 'Kinderopvang Amsterdam' heeft de Raad aangegeven dat hij het aanvaarden van toezeggingen ten aanzien van gedragingen die kunnen worden gekwalificeerd als gedragingen die een mededingingsbeperkende strekking hebben en daarmee naar hun aard de mededinging ernstig beperken in beginsel niet doelmatig acht, omdat bij dergelijke gedragingen de generale en speciale preventieve werking die uitgaat van een (mogelijke) sanctie noodzakelijk is.⁴ In onderhavige zaak is naar het oordeel van de Raad niet gebleken dat bijzondere omstandigheden bestaan die een afwijking van dit beginsel rechtvaardigen.
8. De Raad wijst er voorts op dat partijen hun aanvraag hebben ingediend nadat het rapport in deze zaak was uitgebracht. Uit het door de Raad gepubliceerde handhavingsbeleid volgt eveneens dat toezeggingsverzoeken die zijn gedaan nadat een rapport in de zin van artikel 59 Mw aan partijen is toegezonden in beginsel niet doelmatig worden geacht. In onderhavige zaak is naar het oordeel van de Raad eveneens niet gebleken dat bijzondere omstandigheden bestaan die een afwijking van dit beginsel rechtvaardigen.

¹ Rapport in zaak 6274, zie o.m. rnr. 183.

² Mededeling van de Commissie – Fichtsnieren inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsvormen, PB C 3, blz. 2 (2001), m.n. pt. 18 en 25.

³ "Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit", Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, d.d. 17 maart 2009, Stc. 1 april 2009, nr. 63, p. 4.

⁴ Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa in zaak 5709 van 30 juni 2008, *Kinderopvang Amsterdam*, rnr. 46.

9. Tot slot is van belang dat volgens het in deze zaak uitgebrachte rapport de gedragingen van partijen inmiddels zijn beëindigd. Deze beëindiging is reeds voor derden kenbaar. Aangezien partijen in hun aanvraag refereren aan toekomstige gedragingen, wijst de Raad er op dat op dit moment geen aanwijzingen bestaan voor soortgelijke gedragingen van partijen. Gelet op al het voorgaande valt naar het oordeel van de Raad niet in te zien dat in dit stadium van de onderhavige procedure met het nemen van een toezeggingsbesluit het toekomstig marktgedrag van partijen sneller en effectiever duurzaam zou worden beïnvloed. Onder deze omstandigheden acht de Raad het nemen van een toezeggingsbesluit niet doelmatiger dan het opleggen van een boete. Naar het oordeel van de Raad wordt dan ook, eveneens om deze reden, niet voldaan aan het vereiste zoals gesteld in artikel 49a, tweede lid, onder c, Mw.

10. Gelet op al het voorgaande, besluit de Raad tot afwijzing van de aanvraag van partijen.

Datum: 21 september 2009

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

Wg.

M.P.T.J van Oers

Directeur Juridische Dienst