

Advies in de zaak 5851, Thuiszorg 't Gooi

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (tevens secretaris), mr R.E. Bakker, prof. dr J.A.H. Maks en mw mr M. Sikkens.

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 19 september 2008 in zaaknummer 5851 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat Stichting Hilverzorg (hierna: Hilverzorg), Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Centrum voor Regionale Dienstverlening (hierna: G&V) en Stichting Vivium-TGV (hierna: Vivium) inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw).¹
2. Daarbij heeft de Raad boetes opgelegd van respectievelijk € 611.000 (Hilverzorg), € 1.621.000 (G&V) en € 816.000 (Vivium).
3. Tegen dit besluit hebben Hilverzorg, G&V en Vivium (hierna tezamen: bezwaarden) op 30 oktober 2008 een pro forma bezwaarschrift ingediend.² Op 2 maart 2009 hebben zij aanvullende gronden ingediend.³
4. Bij brief van 31 maart 2009 is aan bezwaarden en aan de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 25 juni 2009 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).⁴ Op 25 juni 2009 heeft deze hoorzitting plaatsgevonden waarbij bezwaarden en vertegenwoordigers van de NMa zijn gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (tevens secretaris), mr R.E. Bakker, prof. dr J.A.H. Maks en mw mr M. Sikkens.
5. Het verslag van de hoorzitting werd op 31 augustus 2009 aan partijen rondgestuurd.

2. Bezwaren

Economisch onderzoek / concurrentiedruk

6. Als onderdeel van de vaststelling van de Raad dat de bezwaarden de onderlinge concurrentie hebben beperkt, merkt de Raad op dat er sprake was van concurrentiedruk ten tijde van het sluiten van de Samenwerkingsovereenkomst.
7. Bezwaarden stellen dat die stelling onvoldoende onderbouwd is, o.m. doordat de Raad geen economisch onderzoek heeft verricht. Naar de mening van bezwaarden zou een dergelijk onderzoek tot de volgende conclusies hebben geleid: 1) Er was ten tijde van het sluiten van de Samenwerkingsovereenkomst geen concurrentiedruk van Vivium en Hilverzorg op G&V en 2) die concurrentiedruk was er juist wel vanuit een andere speler op de markt, Stichting Zorgpalet Gooi en Vecht (hierna: Zorgpalet).⁵

Beoordeling

¹ Prisma-nummer 5851/197.

² Prisma-nummer 5851/214.

³ Prisma-nummer 5851/225.

⁴ Prisma-nummers 5851/226.

⁵ Zie de pp. 4-10 van de aanvullende gronden.

8. Teneinde een gegrond oordeel over een vermeende overtreding te kunnen formuleren, is de Raad gehouden de economische omstandigheden op de markt in kwestie in kaart te brengen. Dat is naar het oordeel van de Adviescommissie in de onderhavige zaak onvoldoende geschied. Het door de Raad gebruikte ECRI-onderzoek is weliswaar een bruikbaar document om de veranderingen in regelgeving en de algemene betekenis daarvan voor aanbieders van thuiszorg in kaart te brengen, maar het vormt geen uitkomst van specifiek onderzoek naar de economische verhoudingen tussen de bezwaarden (en derden) in deze casus.
9. Juist in een markt in transitie – d.w.z. een markt die pas sinds relatief korte tijd geleidelijk aan concurrentie wordt blootgesteld – had de Raad moeten onderzoeken in hoeverre de gedragingen van bezwaarden concreet geschikt waren om de – op dat moment wettelijk mogelijke – concurrentie in strijd met art. 6 Mw te beperken.
10. Algemener gesteld heeft het achterwege laten van specifiek economisch onderzoek er in de ogen van de Adviescommissie vervolgens toe geleid, dat de Raad te snel heeft geconcludeerd dat het door bezwaarden bewust zoeken naar een andere vorm van samenwerking – in het licht van het mislukte fusietraject – een overtreding van art. 6 Mw tot gevolg heeft gehad.
11. Met name zijn daarbij de rol van het zorgkantoor en de effecten van veranderingen in het garantiebudget op de mogelijkheden voor concurrentie van bezwaarden in deze regio onderbelicht gebleven.
12. Het uitsluitend gebruik maken van het ECRI-rapport wreekt zich eveneens bij het bezwaar aangaande de vermeende concurrentiedruk. De Raad doet dit argument van bezwaarden af, zonder dat het besluit een geografische marktafbakening bevat. In het besluit wordt wel verwezen naar het besluit uit het fusietraject, zaak 4212, maar ook daarin staat slechts een verwijzing, ditmaal naar zaak 4295. Het in het onderhavige besluit hanteren – via twee verwijzingen – van het argument over concurrentiedruk uit zaak 4295 acht de Adviescommissie onvoldoende om het argument van bezwaarden gemotiveerd te kunnen weerspreken.
13. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om aanvullend economisch onderzoek te doen. Dat onderzoek dient er allereerst op gericht te zijn vast te stellen in welke mate er tussen bezwaarden (en derden) mogelijkheden tot concurrentie bestaan en op welke geografische markt. Vervolgens dient de Raad concreet en specifiek vast te stellen of de handelingen van bezwaarden tot een merkbare beperking van de mededinging in de zin van art. 6 Mw hebben geleid.
14. Bij gebreke van dergelijk onderzoek ten behoeve van het besluit op bezwaar adviseert de Adviescommissie de Raad om het bezwaar aangaande het motiveringsbeginsel gegrond te verklaren.⁶ In dat geval dient de Raad bezwaarden een kostenvergoeding ex art. 7:15 lid 2 Awb toe te kennen.
15. Het bovenstaande heeft tot gevolg dat de Adviescommissie zich niet in staat acht te adviseren over de bezwaren aangaande de productverdeling en de marktverdeling, aangezien thans niet duidelijk is of en zo ja, op welke wijze art. 6 Mw door bezwaarden is overtreden. Hetzelfde geldt voor het bezwaar aangaande de ernstfactor van de overtreding.

Toelegingsbesluit

⁶ Zie pp. 63-64 van de aanvullende gronden.

16. Bezwaarden stellen dat de Raad zowel het zorgvuldigheidsbeginsel als het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door de aanvraag voor een toezeggingsbesluit niet in behandeling te nemen. Daarbij doen bezwaarden onder verwijzing naar een toezeggingsbesluit in zaak 5709, Kinderopvang Amsterdam, tevens een beroep op het gelijkheidsbeginsel.⁷

Beoordeling

17. De Adviescommissie acht de bevoegdheid van de Raad om een toezeggingsbesluit te nemen een vrije bevoegdheid, d.w.z. er rust geen verplichting op de Raad om een dergelijk besluit bij iedere sanctiezaak in overweging te nemen. De grenzen van het uitoefenen van die bevoegdheid worden daarbij voornamelijk door het gelijkheidsbeginsel gevormd.

18. Voor een succesvol beroep op dat beginsel dienen bezwaarden aan te tonen dat de Raad in een gelijk geval als het onderhavige – d.w.z. een sanctiezaak waarin bezwaarden te elfder ure een niet nader onderbouwde aanvraag voor een toezeggingsbesluit indienden – een toezeggingsbesluit heeft genomen. Zaak 5709 is volgens de Adviescommissie niet een dergelijk gelijk geval, aangezien in die zaak het toezeggingsbesluit is genomen zonder dat een volledige onderzoeks- en sanctieprocedure is doorlopen.⁸

19. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Boete – duurfactor

20. De Raad heeft de duur van de overtreding vastgesteld op 30 juni 2006 t/m 18 december 2007. Bezwaarden stellen dat de overtreding van 1 januari 2007 t/m 31 mei 2007 zou hebben geduurd.⁹ De begindatum zou op 1 januari 2007 moeten worden gesteld, omdat zij voorafgaand aan 1 januari 2007 niet met elkaar hebben kunnen concurreren. De einddatum zou op 31 mei 2007 moeten worden gesteld, omdat Vivium en G&V op die dag in bestuurlijke zin zijn gefuseerd.

Beoordeling

21. Gezien de toezegging van de Raad ter hoorzitting om de duur van de overtreding opnieuw vast te stellen met inachtneming van de opmerkingen van bezwaarden, acht de Adviescommissie het niet noodzakelijk om op dit punt nader te adviseren.

Boetegrondslag – omzet

22. Bezwaarden brengen naar voren dat de omzetcijfers voor de berekening van de boete aangepast zouden dienen te worden.

Beoordeling

23. Gezien de toezegging van de Raad ter hoorzitting om de omzet van de overtreding opnieuw vast te stellen met inachtneming van de opmerkingen van bezwaarden, acht de Adviescommissie het niet noodzakelijk om op dit punt nader te adviseren.

Boeteverlagende omstandigheden

⁷ Zie pp. 62-63 van de aanvullende gronden.

⁸ Zie m. 50 van besluit 5709.

⁹ Zie pp. 68-70 van de aanvullende gronden.

24. Bezwaarden zijn om meerdere redenen van mening dat de boete zou moeten worden verlaagd.
25. Bezwaarden zijn van mening dat de Raad in deze zaak voor de eerste keer een boete in de thuiszorgsector oplegt, hetgeen tot matiging zou moeten leiden.
26. Voorts menen bezwaarden dat de Raad de boete vanwege hun coöperatieve houding zou moeten matigen.
27. Als derde punt voeren bezwaarden aan dat de boetes zouden moeten worden gematigd omdat de vermeende instandhouding van de marktverdeling mede door het zorgkantoor en de gemeenten wordt veroorzaakt.
28. Als vierde punt menen zij dat de litigieuze overeenkomst niet is nagekomen.
29. Ten vijfde hebben de afspraken volgens bezwaarden geen nadeel voor cliënten of concurrenten opgeleverd.
30. Tot slot zouden de boetes met gemeenschapsgeld moeten worden betaald, hetgeen in de ogen van bezwaarden ondoelmatig moet worden geacht.

Beoordeling

31. De Adviescommissie kan bezwaarden niet volgen wanneer zij menen dat op grond van de enkele omstandigheid dat zij als eerste zijn beboet, zij reeds op die grond een lagere boete zouden moeten krijgen. Voor het overige verwijst de Adviescommissie naar m. 35 en 36 van dit advies.
32. Voor een boeteverlaging vanwege hun coöperatieve houding dienen bezwaarden aan te tonen dat zij een houding hebben betracht die significant verder gaat dan die waartoe zij wettelijk verplicht zijn. Een dergelijk betoog heeft de Adviescommissie niet aangetroffen.
33. Gezien het advies over het nadere economische onderzoek acht de Adviescommissie zich niet in staat op de onderdelen 3, 4 en 5 thans te adviseren.
34. De Adviescommissie acht het argument over het gemeenschapsgeld niet relevant, aangezien de wetgever niet in de mogelijkheid heeft voorzien dat rechtspersonen die (mede) door gemeenschapsgeld in stand worden gehouden, immuniteit voor art. 6 Mw genieten. In dat licht maakt het geen verschil dat de gelden die voor betaling van de boete dienen te worden aangewend, de staatskas zowel als hun oorsprong als hun bestemming kennen.
35. De Adviescommissie ziet daarnaast in de omstandigheid dat de markt in kwestie een markt in transitie is, een grond voor een verdere boetematiging, d.w.z. een matiging die groter is dan de huidige 25%.¹⁰
36. De Adviescommissie hecht er daarbij veel waarde aan dat naast het transitoire karakter van de markt de politiek met enige regelmaat tegenstrijdige signalen pleegt af te geven over de gewenste mate van marktwerking in de zorg. Dat gegeven plaatst bezwaarden naar het oordeel van de Adviescommissie – tot op zekere hoogte – in een dermate andere positie ten opzichte van art. 6 Mw, dat eventuele overtreding in mindere mate verwijtbaar moet worden geacht.

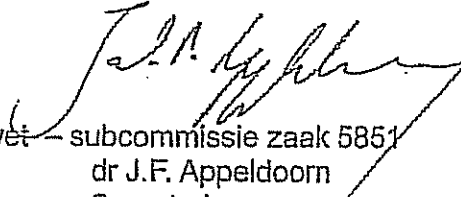
¹⁰ Zie m. 267 van het besluit.

37. Voor zover naast de hiervoor besproken bezwaren nog andere bezwaren zouden kunnen worden gelezen, ontberen deze bezwaren voldoende zelfstandige betekenis om in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen zelfstandig te worden besproken, dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

3. Slofsom en Advies

38. De Adviescommissie adviseert de Raad een besluit op bezwaar te nemen in voege als voormeld.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 5851
Prof. mr J.H. Jans
Voorzitter



dr J.F. Appeldoorn
Secretaris

-/-