

## Advies in de zaak 6108, Thuiszorg Kennemerland

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 6108 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat Stichting Zorgbalans (hierna: Zorgbalans) en Stichting Viva! Zorggroep (hierna: Viva) inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw).<sup>1</sup>
2. Daarbij heeft de Raad boetes opgelegd van respectievelijk € 800.000 (Zorgbalans) en € 4.003.000 (Viva).
3. Tegen dit besluit hebben Zorgbalans en Viva op 30 oktober 2008 een pro forma bezwaarschrift ingediend.<sup>2</sup> Op 2 maart 2009 heeft Viva aanvullende gronden ingediend.<sup>3</sup> Op 3 maart 2009 heeft Zorgbalans aanvullende gronden ingediend.<sup>4</sup>
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).<sup>5</sup> 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

#### Geografische marktafbakening / economisch onderzoek

6. De bezwaren van Viva en Zorgbalans luiden grotendeels gelijk en worden derhalve gezamenlijk behandeld, behalve wanneer anders vermeld.
7. Bezwaarden stellen dat de Raad het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door onvoldoende onderzoek naar de markt te doen alvorens een boete vast te stellen. Dit zou bijvoorbeeld blijken uit een onjuiste afbakening van de relevante geografische markt. Deze zou naar de mening van bezwaarden alle door Achmea Zorgkantoren beheerde regio's bevatten, en niet uitsluitend de zorgkantorregio Kennemerland. Ook aan de vaststelling van de overtreding van art. 6 Mw kleefte naar de mening van bezwaarden dit gebrek.

#### Beoordeling

8. Teneinde een deugdelijk oordeel over een vermeende overtreding te kunnen formuleren, is de Raad gehouden de economische omstandigheden op de markt in

<sup>1</sup> Prisma nummers 6108/241 (Viva) en 6108/240 (Zorgbalans)

<sup>2</sup> Prisma nummers 6108/262 (Viva) en 6108/263 (Zorgbalans).

<sup>3</sup> Prisma nummer 6108/275.

<sup>4</sup> Prisma nummer 6108/276.

<sup>5</sup> Prisma nummers 6108/277 (Viva en Zorgbalans).

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 in een veranderende markt zoeken naar nieuwe vormen van samenwerking een overtreding van art. 6 Mw tot gevolg heeft gehad.<sup>9</sup>
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. Ook het ter hoorzitting door bezwaarden aangedulde cliëntenverloop en de effecten daarvan op de concurrentie is in het onderzoek van de Raad onvoldoende aan de orde gekomen.
12. Het uitsluitend gebruik maken van het ECRI-rapport wreekt zich eveneens bij het bezwaar aangaande de geografische marktafbakening. De Raad doet dit argument van bezwaarden af, zonder dat het besluit een geografische marktafbakening bevat. In het besluit wordt wel verwezen naar een eerder besluit, zaak 4212, maar ook daarin staat slechts een verwijzing, ditmaal naar zaak 4295. Nu de aanvullende argumenten aangaande de invloed van het Noordzeekanaal blijkaar niet op economisch onderzoek zijn gestoeld, acht de Adviescommissie de weerlegging van de argumenten van partijen onvoldoende om te kunnen concluderen dat deze gemotiveerd zijn weersproken.
13. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om aanvullend economisch onderzoek te doen. Dat onderzoek dient er allereerst op gericht te zijn de geografische markt vast te stellen en vervolgens om te bepalen in welke mate er tussen bezwaarden (en derden) mogelijkheden tot concurrentie bestaan. Daarna dient de Raad concreet en specifiek vast te stellen of de handelingen van bezwaarden op die markt 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. 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 overeenkomsten en het strekkingsbeding, 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.

---

<sup>9</sup> Het is de Adviescommissie ter hoorzitting gebleken dat het door de Raad aangevoerde "context-onderzoek" betreffende de rol van het zorgkantoor uit niet meer dan een eenmalig telefonisch contact met het zorgkantoor Kennemerland heeft bestaan.

## Toezeggingsbesluit

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.<sup>7</sup>
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.<sup>8</sup>
19. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

## Duur overtreding

20. De Raad heeft de duur van de overtreding vastgesteld op 20 januari 2005 t/m 18 december 2007. Viva stelt dat de overtreding vanaf 1 januari 2007, subsidiair (voor alle activiteiten) vanaf 30 juni 2006, t/m 10 juli 2007 (activiteiten PV en VP) resp. 6 juli 2006 (activiteit HV) zou hebben geduurd.<sup>9</sup>
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.

## Boeteverlagende omstandigheden

22. Bezwaarden zijn om meerdere redenen van mening dat de boete zou moeten worden verlaagd.
23. 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.
24. Als tweede punt voeren bezwaarden aan dat de boetes zouden moeten worden gematigd omdat de vermeende afspraken door het zorgkantoor zijn gestimuleerd.
25. Als derde punt menen zij dat de afspraken volgens bezwaarden geen nadeel voor cliënten of concurrenten hebben opgeleverd.
26. Tot slot zouden de boetes met gemeenschapsgeld moeten worden betaald, hetgeen in de ogen van bezwaarden ondoelmatig moet worden geacht.

<sup>7</sup> Zie pp. 35-36 van de aanvullende gronden van Viva.

<sup>8</sup> Zie rn. 50 van besluit 5709.

<sup>9</sup> Zie pp. 42-44 van de aanvullende gronden van Viva.

## Beoordeling

27. 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 rn. 30 en 31 van dit advies.
28. Gezien het advies over het nadere economische onderzoek acht de Adviescommissie zich niet in staat op het tweede en derde onderdeel thans te adviseren.
29. 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.
30. 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%.<sup>10</sup>
31. 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.

## **Dreigend faillissement**

32. Viva brengt naar voren dat zij niet in staat is de boete te betalen. Ter ondersteuning van dit argument heeft zij te hoorzitting een document van KPMG overgelegd.

## Beoordeling

33. Gezien de toezegging van de Raad om de boete te heroverwegen met inachtneming van bovengenoemd document, acht de Adviescommissie het niet noodzakelijk om op dit punt nader te adviseren.

## **Vooringenomenheid**

34. Viva stelt dat de Raad bij het nemen van het besluit vooringenomen heeft gehandeld door uitlatingen in de pers over overtredingen te doen nog voordat Viva was gehoord.<sup>11</sup>

## Beoordeling

35. De Adviescommissie acht de uitlatingen in de pers allereerst niet toerekenbaar aan de Raad, aangezien het citaten betreft die niet in publicaties van de Raad zijn opgenomen. Voor zover de geciteerde uitlatingen van de voorzitter van de Raad van Bestuur juist zijn weergegeven, merkt de Adviescommissie op dat – alhoewel weinig aan duidelijkheid overlatend – steeds wordt vermeld dat het om een lopend onderzoek gaat, hetgeen impliceert dat de uitkomst van de voorlopige conclusie zou

<sup>10</sup> Zie rn. 267 van het besluit.

<sup>11</sup> Zie de pp. 37-38 van de aanvullende gronden.

kunnen verschillen. Voorts acht de Adviescommissie geen argumenten aanwezig die tot de conclusie zouden moeten leiden dat bezwaarden door de uitlatingen in hun verdediging zouden zijn geschaad.

36. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

#### **Nieuwe bewijsmiddelen in besluit t.o.v. rapport**

37. Zorgbalans stelt dat zij geschaad is in haar verdediging, nu de Raad in het besluit documenten aanhaalt die ten tijde van het uitbrengen van het rapport nog niet in de procedure waren ingebracht. Voorts zou de Raad herhaaldelijk de nummering van sommige documenten hebben gewijzigd, hetgeen het voeren van een effectieve verdediging zou bemoeilijken.

#### **Beoordeling**

38. De Adviescommissie is van oordeel dat de procedure inderdaad wordt ontsierd door het veranderen van documentnummers, alsmede het opvoeren van nieuwe bewijsmiddelen in de fase van de procedure gelegen na uitbrengen van het rapport.

39. De Adviescommissie ziet echter geen aanleiding om te oordelen dat Zorgbalans in haar verdediging zou zijn geschaad, temeer daar de Raad wordt geadviseerd nader economisch onderzoek te doen, hetgeen tot een aanvulling van het dossier zal leiden.

40. De Adviescommissie adviseert de Raad om een en ander gestalte te geven, waarmee dit bezwaar voor het overige dient te worden verworpen.

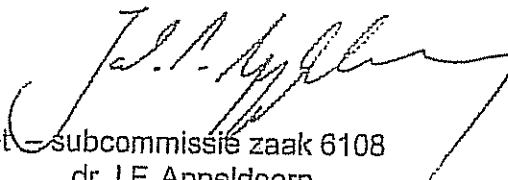
#### **Slotoverweging**

41. 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. Slotsom en Advies**

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

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 6108  
Prof. mr J.H. Jans  
Voorzitter

  
dr J.F. Appeldoorn  
Secretaris

-/-