

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer **5851/329**

Betreft zaak: **'t Gooi**

**Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot
gegrondverklaring van de bezwaren tegen het besluit van 21 oktober 2010, kenmerk
5851/329.**

1. Verloop van de procedure

- 1. Bij besluit van 19 september 2008 heeft de Raad van Bestuur (“de Raad”) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (“NMa”) Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek Centrum voor Regionale Dienstverlening (“TGV”), Stichting Hilverzorg (“Hilverzorg”) en Stichting Vivium Zorggroep (“Vivium”) boetes opgelegd van respectievelijk EUR 1.621.000, EUR 611.000 en EUR 816.000 wegens overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (“Mw”).**
- 2. In het bestreden besluit heeft de Raad vastgesteld dat uit diverse documenten en verklaringen geconcludeerd kan worden dat sprake was van overeenkomsten en daarop aansluitende afstemming van gedragingen die ertoe strekten de mededinging in de zorgkantorregio 't Gooi – die als de relevante markt moet worden beschouwd – te beperken. TGV, Hilverzorg en Vivium hadden de bedoeling om door het sluiten van onder andere een Samenwerkingsovereenkomst de onderlinge concurrentie op het gebied van de persoonlijke verzorging en verpleging thuis (“V&V”) en de huishoudelijke verzorging (“HV”) uit te schakelen, althans te beperken. Zij deden dit door de werkgebieden en de aan te bieden producten (“V&V en HV”) te verdelen en onderling cliënten naar elkaar door te verwijzen. Weliswaar heeft de Raad tevens geconstateerd dat de betrokken ondernemingen bij de vorm die zij aan de samenwerking hebben gegeven, mede aandacht hebben gehad voor hun doel om wijkgerichte zorg tot stand te brengen, maar dit deed naar het oordeel van de Raad niet af aan het mededingingsbeperkende karakter van de afspraken.**
- 3. Tegen het primaire besluit hebben TGV, Hilverzorg en Vivium op 30 oktober 2008 bezwaar gemaakt. Bij brief van 2 maart 2009 hebben zij aanvullende gronden ingediend.**

4. Bij besluit van 21 oktober 2010 heeft de Raad besloten om de boete voor TGV aan te passen tot EUR 1.355.000 vanwege het gebruik van een -later gebleken- onjuist opgegeven betrokken omzet, het bezwaar ten aanzien van de boete voor TGV gegrond te verklaren, de bezwaren van Hilverzorg en Vivium ongegrond te verklaren en de boetes van partijen ieder met EUR 10.000 te verminderen vanwege overschrijding van de redelijke termijn.
5. TGV, Hilverzorg en Vivium hebben tegen het besluit op bezwaar beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam ("rechtbank").
6. De rechtbank heeft op 12 april 2012 uitspraak gedaan. De rechtbank verklaart het beroep gegrond en bepaalt dat de Raad van Bestuur van de NMa een nieuwe beslissing op het bezwaar neemt met inachtneming van deze uitspraak.
7. De rechtbank komt tot de conclusie dat de vraag of de onderling afgestemde gedragingen tot gebiedsverdeling en de overeenkomst tot productverdeling tussen partijen geschikt waren om in 2006 en 2007 de concurrentie te beperken, op basis van het onderzoek van de NMa niet kan worden beantwoord. De NMa had meer onderzoek moeten doen naar de betekenis van het garantiebudget, de rol van het zorgkantoor, de aanwezigheid van wachtlijsten en de groeiruimte voor de mogelijkheden tot concurrentie. Nu niet duidelijk geworden is welke invloed deze aspecten hadden op de concurrentiemogelijkheden van partijen, kan de vraag of de afstemming en de afspraak geschikt waren om in 2006 en 2007 de concurrentie te beperken, naar het oordeel van de rechtbank in de onderhavige zaak niet worden beantwoord.
8. De rechtbank vervolgt dat voor zover de NMa beoogd heeft te betogen dat in principe concurrentie mogelijk was en dat reeds om die reden sprake was van verboden mededingingsrechtelijke afspraken, de rechtbank dit betoog niet volgt. Naar het oordeel van de rechtbank moet in ieder concreet geval aannemelijk gemaakt worden dat concurrentie niet alleen theoretisch maar ook in de praktijk een reële optie voor de betrokken ondernemingen is.
9. Het besluit van de NMa moet daarom volgens de rechtbank worden vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb"), nu voorafgaand aan het nemen van het bestreden besluit onvoldoende onderzoek is verricht, en wegens strijd met artikel 7:12 van de Awb, nu het besluit niet voldoet aan het vereiste dat het dient te berusten op een deugdelijke motivering. Omdat dit gebrek naar het oordeel van de rechtbank enerzijds niet eenvoudig te repareren valt, maar het anderzijds niet uitgesloten is dat dit gebrek geheeld kan worden, volstaat de rechtbank met vernietiging van het bestreden besluit wegens strijd met artikel 7:12 Awb en legt hij de NMa de

verplichting op om met inachtneming van de uitspraak nieuwe beslissingen op de bezwaren te nemen.

2. Beoordeling

10. Volgens de rechtbank kan op basis van het voorliggende dossier niet genoegzaam worden vastgesteld dat TGV, Hilverzorg en Vivium artikel 6 Mw hebben overtreden, omdat het mededingingsbeperkende karakter van hun gedragingen niet kan worden vastgesteld zonder nader onderzoek te doen naar de economische en juridische context waarin die gedragingen plaatsvonden.
11. Gezien het feit dat het nader te verrichten onderzoek voor een groot deel empirisch van aard zou moeten zijn en gezien het feit dat de gedragingen zich afspeelden in de jaren 2006 en 2007, acht de Raad het niet waarschijnlijk dat met een dergelijk onderzoek – zelfs met een aanzienlijke onderzoeksinspanning – de economische context van die jaren op dit moment alsnog op een wijze die voldoet aan de eisen die de rechtbank stelt, in kaart gebracht zou kunnen worden.
12. De Raad besluit daarom om de bezwaren van TGV, Hilverzorg en Vivium alsnog gegrond te verklaren en het besluit van 21 oktober 2010 te herroepen, zodat de aan TGV, Hilverzorg en Vivium opgelegde boetes komen te vervallen.

3. Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart het bezwaar gegrond, herroept het besluit van 21 oktober 2010 met kenmerk 5851/262 en ziet af van het opleggen van een boete aan Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, gevestigd te Huizen;**
- II. verklaart het bezwaar gegrond, herroept het besluit van 21 oktober 2010 met kenmerk 5851/262 en ziet af van het opleggen van een boete aan Stichting Hilverzorg, gevestigd te Hilversum;**
- III. verklaart het bezwaar gegrond, herroept het besluit van 21 oktober 2010 met kenmerk 5851/262 en ziet af van het opleggen van een boete aan Stichting Vivium Zorggroep, gevestigd te Naarden.**

Datum: 29 mei 2012

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

overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

w.g.

Chris Fonteijn

Voorzitter van de Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Een natuurlijk persoon kan ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht.aspx>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.