

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6109/867

Betreft zaak: Caraat

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 21 april 2011, Vierstroom (met kenmerk 6109/805) en Careyn (met kenmerk 6109/806).

1 Verloop procedure

1. Bij besluit van 21 april 2011 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) aan Stichting Vierstroom (hierna: Vierstroom) en Stichting Careyn Zuwe Aveant¹ (hierna: Careyn) boetes van respectievelijk EUR 3.000.000 en EUR 1.343.000 opgelegd wegens een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw).
2. In het bestreden besluit heeft de Raad vastgesteld dat Vierstroom en Careyn (hierna tezamen ook: partijen) een non-concurrentieafpraak hadden gemaakt, inhoudende een onderlinge verdeling van de werkgebieden. De Raad heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat deze afspraak geschikt was om te leiden tot een merkbare beperking van de mededinging op de markten voor (AWBZ) persoonlijke verzorging & verpleging (PV & VP) en huishoudelijke verzorging (HV) in de zorgkantorregio Midden Holland. De overtreding met betrekking tot PV & VP betrof de periode 2006-2007. De overtreding met betrekking tot HV betrof het jaar 2006.
3. Op 31 mei 2011 heeft Vierstroom bezwaar tegen het bestreden besluit ingesteld. Vierstroom heeft op 6 september 2011 gronden van bezwaar ingediend.
4. Op 31 mei 2011 heeft Careyn bezwaar tegen het bestreden besluit ingesteld. Careyn heeft op 6 september 2011 gronden van bezwaar ingediend.

¹ De statutaire naam Stichting Careyn Zuwe Aveant is volgens het Handelsregister per 31-12-2011 gewijzigd in Stichting Careyn.

5. De bezwaren van partijen hebben betrekking op (onder andere) gestelde procedurele gebreken bij de totstandkoming van het besluit, het onderzoek van de NMa, de vaststelling van de overtreding, alsmede de hoogte van de boetes.
6. Overeenkomstig artikel 5 van het Besluit tot Instelling Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet², heeft de Raad deze bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
7. Op 20 januari 2012 zijn partijen naar aanleiding van het ingediende bezwaar door de Adviescommissie gehoord. De Raad heeft tijdens deze zitting een toelichting gegeven op het bestreden besluit. Van de zitting is een verslag opgemaakt, dat op 14 maart 2012 aan partijen en de Raad is toegezonden.³ Op 23 maart 2012 heeft de Adviescommissie haar advies (hierna: het Advies) uitgebracht.⁴ Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
8. De Adviescommissie adviseert, kort geformuleerd, om de bezwaren met betrekking tot procedurele aspecten ongegrond te verklaren. De Adviescommissie is voorts van oordeel dat de Raad in het bestreden besluit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat partijen de in deze zaak centraal staande non-concurrentieafspraken hebben gemaakt en dat dit een afzonderlijke afspraak betrof en adviseert de Raad de bezwaren die daar betrekking op hebben gegrond te verklaren.
9. Daarnaast adviseert de Adviescommissie de Raad nader te motiveren waarom in het geval van de centraal staande non-concurrentieafspraken geen sprake zou zijn van een toegelaten nevenrestrictie. De Adviescommissie is voorts van oordeel dat deze afspraak niet als een marktverdelingsafspraken beschouwd zou dienen te worden die concreet geschikt is de mededinging te beperken. De Raad wordt geadviseerd het bezwaar dat de concrete geschiktheid van de vermeende non-concurrentieafspraken om de mededinging te beperken niet is bewezen, gegrond te verklaren, althans dit nader te motiveren, mede aan de hand van nog te verrichten (nader) onderzoek.
10. Met betrekking tot de aan partijen opgelegde boetes adviseert de Adviescommissie deze op diverse onderdelen te heroverwegen.

² Stcrt. 1998, nr. 146, zoals gewijzigd bij Besluit van 30 juni 2000, Stcrt. 2000, nr. 124 en bij Besluit van 27 juni 2005, Stcrt. 2005, nr. 122.

³ Documentnummer 6109/853.

⁴ Documentnummer 6109/858.

11. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen, heeft de Raad besloten om het Advies te volgen voor zover dat ziet op de bezwaren van partijen die betrekking hebben op het bewijs voor het bestaan van de mededingingsbepalende overeenkomst. Nu het volgen van dit advies een herroeping van het bestreden besluit tot gevolg heeft en geen sanctie meer zal worden opgelegd, behoeven de overige bezwaren van partijen alsmede het advies van de Adviescommissie daaromtrent in dit besluit geen nadere bespreking.
12. Ter motivering van het onderhavige besluit verwijst de Raad ex artikel 3:49 Awb naar het Advies en tevens naar de hieronder opgenomen overwegingen. Omdat de bezwaren van Vierstroom en Careyn grotendeels overeenkomen, zullen deze gezamenlijk worden behandeld, tenzij anders vermeld.

2 De heroverweging door de Raad

2.1 De non-concurrentieafspraken

Standpunt partijen

13. Volgens Vierstroom en Careyn is de NMa in het bestreden besluit ten onrechte tot de slotsom gekomen dat partijen een non-concurrentieafspraken hebben gemaakt, inhoudende een algehele verdeling van de werkgebieden waarin partijen met het aanbieden van AWBZ-thuiszorg actief zijn.

Advies Adviescommissie

14. De Adviescommissie heeft ten aanzien van bovenvermelde gronden van bezwaar het volgende advies gegeven⁵:

“De Adviescommissie constateert dat bezwaarden enerzijds en de Raad anderzijds van mening verschillen over de uitleg van het garantieartikel op p. 12 van het Herenakkoord. De basis van dit meningsverschil ligt naar het oordeel van de Adviescommissie in de onduidelijke bewoordingen van het artikel zelf. In de letterlijke tekst van het artikel kunnen zowel voor de visie van de Raad op de reikwijdte van het artikel als de uitleg die bezwaarden aan dit in hun opdracht opgestelde artikel geven argumenten worden gevonden. Tegen die achtergrond komt naar het oordeel van de Adviescommissie speciale betekenis toe aan enerzijds de bedoelingen van de bij de overeenkomst betrokken partijen en anderzijds aan de verklaringen van de opsteller van de overeenkomst.”

⁵ Omwille van de leesbaarheid zijn in het citaat de randnummers van het Advies weggelaten.

De Adviescommissie merkt op dat uit de e-mail van [Vertrouwelijk] van 28 december 2005 aan [Vertrouwelijk], derhalve 1 week voordat de Package-deal met daarin opgenomen het Herenakkoord en het garantieartikel door partijen zijn ondertekend, blijkt dat het de uitdrukkelijke bedoeling was van Careyn de werking van het garantieartikel te beperken tot de verdeling van de activiteiten van de Stichting Gouwe Zorg in het werkgebied van die Stichting. Dat betekent naar het oordeel van de Adviescommissie dat de door de Raad voorgestane ruime uitleg van het garantieartikel als een algeheel non-concurrentiebeding voor alle AWBZ-thuiszorgactiviteiten in de beide werkgebieden van Careyn en Vierstroom in ieder geval door Careyn op 28 december 2005 niet werd beoogd. De Raad heeft tegenover deze wilsuiting van Careyn ook geen ander bewijs aangedragen waaruit wilsovereenstemming tussen de partijen over de door de Raad voorgestane ruime uitleg van het garantieartikel blijkt. Dit betekent naar het oordeel van de Adviescommissie dat de Raad bij de geconstateerde onduidelijkheid in de tekst van het garantieartikel onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat de bij het garantieartikel betrokken partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over een non-concurrentiebeding voor alle AWBZ-thuiszorgactiviteiten in de beide werkgebieden van Careyn en Vierstroom. Daarbij neemt de Adviescommissie in overweging dat uit vaste jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat twijfel over de betekenis van een afspraak of een gedraging in het mededingingsrecht in het voordeel van de adressaat van de beslissing waarbij de inbreuk is vastgesteld dient worden uitgelegd.

Daarbij komt dat de Raad noch in het Besluit, noch in haar schriftelijke of mondelinge toelichting tijdens de hoorzitting van 20 januari 2012, aandacht heeft besteed aan de verklaring van [Vertrouwelijk], de opsteller van de Package-deal, het Herenakkoord en het daarin opgenomen garantieartikel. Het had op de weg van de Raad gelegen om deze verklaring, die de stelling van bezwaarden over de enge uitleg van het garantieartikel volledig ondersteunt, te duiden in het Besluit of de toelichting daarop.

Samenvattend komt de Adviescommissie tot het oordeel dat de Raad niet is geslaagd in het bewijs dat partijen bij de Package-deal (inclusief Herenakkoord en garantieartikel) een non-concurrentiebeding met een algemene strekking ten aanzien van alle AWBZ-thuiszorgactiviteiten in de beide werkgebieden van Careyn en Vierstroom zijn overeengekomen. De Adviescommissie adviseert de Raad de bezwaren op dit punt gegrond te verklaren."

Oordeel Raad

15. In heroverweging, met inachtneming van het Advies en gelet op de door Careyn met nadruk tijdens de bezwaarprocedure onder de aandacht van de Raad gebrachte (deels nieuwe) feiten onder andere met betrekking tot de werkzaamheden van Stichting Gouwe Zorg in Bodegraven⁶, oordeelt de Raad dat zijn in het bestreden besluit verwoorde lezing van de totstandkominggeschiedenis van het Herenakkoord, alsmede de daarbij gehanteerde weging van de verklaring van de heer **[Vertrouwelijk]**, niet in stand kan worden gehouden. Daarmee is onvoldoende aannemelijk geworden dat partijen zijn overeengekomen hun gehele werkgebieden te verdelen. Aldus is niet vast komen te staan dat sprake is geweest van een overtreding van artikel 6 Mw die begaan is door Vierstroom en Careyn.

2.2 Conclusie

16. Ingevolge het Advies en de hierboven bij randnummer 15 gegeven beoordeling concludeert de Raad tot gegrondverklaring van de bezwaren van Vierstroom en Careyn die zien op de reikwijdte van het Herenakkoord. Nu de Raad deze bezwaren van partijen na heroverweging gegrond acht, heeft dit tot gevolg dat de Raad het bestreden besluit herroept ten aanzien van de opgelegde sancties en dat hij afziet van het opleggen van boetes. Op grond van het voorgaande behoeven de overige bezwaren van partijen in dit besluit op bezwaar geen nadere bespreking.

2.3 Verzoek vergoeding ex artikel 7:15 Awb

17. Overeenkomstig het verzoek van Vierstroom daaromtrent, ziet de Raad aanleiding om op grond van artikel 7:15 Awb over te gaan tot het toewijzen van een proceskostenvergoeding. Ten aanzien van de hoogte van de toe te kennen proceskostenvergoeding neemt de Raad in aanmerking dat Vierstroom zowel een bezwaarschrift heeft ingediend als bij de zitting van de Adviescommissie is verschenen. Voor beide handelingen kent de Raad een bedrag van EUR 437 toe. Uit het voorgaande volgt dat de Raad aan Vierstroom een bedrag ter hoogte van EUR 874 als vergoeding van de proceskosten toekent. Voor integrale vergoeding van advocaatkosten is geen wettelijke grondslag.

Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

⁶ Documentnummer 6109/851, p.5 en documentnummer 6109/831, p. 21 en bijlage 3.

- I
 - verklaart het bezwaar van Stichting Vierstroom, statutair gevestigd te Gouda, gegrond;
 - herroept het bestreden besluit ten aanzien van de aan Stichting Vierstroom opgelegde sanctie;
 - ziet af van het opleggen van een boete aan Stichting Vierstroom;
 - wijst het verzoek van Stichting Vierstroom om vergoeding van de door haar gemaakte kosten in de bezwaarfase toe en vergoedt aan Stichting Vierstroom een bedrag van EUR 874.

- II
 - verklaart het bezwaar van Stichting Careyn, statutair gevestigd te Delft, gegrond;
 - herroept het bestreden besluit ten aanzien van de aan Stichting Careyn opgelegde sanctie;
 - ziet af van het opleggen van een boete aan Stichting Careyn.

Dit besluit richt zich tot ieder van de genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 28 juni 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
Overeenkomstig de door de Raad van Bestuur genomen besluiten,
Namens deze,

Wg.

Chris Fonteijn
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50 951, 3007 BM Rotterdam. U kunt ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket/rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.