

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6274/569.BT797

Betreft zaak: Midden IJssel

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

1 INLEIDING

1.1 Het onderzoek

1. De Directie Mededinging (hierna: DM) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) heeft op 6 maart 2008 ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen die (onder meer) thuiszorg aanbieden, te weten:
 - Stichting Carinova te Deventer, vanaf 28 juni 2006 met inbegrip van haar bestuurder Stichting Carinova Leiboom Groep te Deventer (hierna ook: Carinova) en
 - Stichting Carint te Hengelo, vanaf 7 juli 2006 met inbegrip van haar bestuurder Stichting Carint-Reggeland Groep te Hengelo, en vanaf 20 december 2007 haar rechtsopvolger Stichting Carint Wonen te Hengelo, thans genaamd Stichting Carint-Reggeland Groep (hierna ook: Carint).Deze ondernemingen worden hierna ook wel aangeduid als ‘de betrokken ondernemingen’.
2. Het onderzoek concentreerde zich op de volgende thuiszorgactiviteiten: “persoonlijke verzorging en verpleging thuis” vanaf 1 januari 2005 tot 1 juni 2008, en de thuiszorgactiviteit “huishoudelijke verzorging thuis” vanaf 1 januari 2005 tot 1 juli 2007. Carint en Carinova waren in deze periode lid van Plectrum. Plectrum was een samenwerkingsverband van thuiszorgaanbieders werkzaam in verschillende zorgkantorregio’s in Nederland. Tijdens het onderzoek is nader onderzocht op welke wijze concurrentie in de zorgkantorregio Midden IJssel mogelijk was, welke mogelijkheden in deze periode bestonden tot toetreding tot deze regio en wie de potentiële toetreders tot deze regio waren.
3. Op 31 maart en 1, 2 en 3 april 2008 heeft onderzoek op de bedrijfslocaties van Carint en Carinova en enkele andere (oud)leden van het samenwerkingsverband Plectrum plaatsgevonden. Voorts heeft op 20 november 2008 een onderzoek plaatsgevonden op de bedrijfslocatie van een voormalige gezamenlijke onderneming van Carint en Stichting

Thuiszorg Noord West Twente (hierna: TNWT), te weten Verzorging en Verpleging Thuis B.V. (hierna: VVT). Van de onderzoeken op de bedrijfslocaties zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt.¹

4. In de loop van het onderzoek zijn verhoren afgenomen van de leden van de Raden van Bestuur en (ex-)medewerkers van Carint en Carinova en andere (oud-)Plectrumleden. Tevens zijn verhoren afgenomen van de directeur en ex-directeur van VVT. Voorts zijn schriftelijke vragen gesteld aan Carint en Carinova en aan andere (oud-)Plectrumleden. Tevens zijn zowel schriftelijke als mondelinge vragen gesteld aan andere marktpartijen. Ook zijn interviews afgenomen van en schriftelijke vragen gesteld aan enkele zorgkantoren, waaronder het zorgkantoor Midden IJssel (OWM Salland Zorgverzekeringen U.A.). Voorts is ook informatie verkregen van de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) en van het Centraal Administratie Kantoor (hierna: CAK).
5. Het onderzoeksbureau Erasmus Competition & Regulation Institute (hierna: ECRi) heeft op verzoek van de NMa een onderzoek uitgevoerd naar de juridische en economische mogelijkheden voor concurrentie in de thuiszorg. De resultaten van dit onderzoek zijn neergelegd in een rapport van november 2007 (hierna: ECRi-rapport) "Concurrentie in de Thuiszorg, een analyse van de juridische en economische context", dat eveneens is opgenomen in het dossier.²
6. Op 9 juni 2009 is het feitencomplex van het (concept-)rapport (zie onder) aan de betrokken ondernemingen verzonden. Beide ondernemingen hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op het feitencomplex.³ De reacties hebben geen wezenlijke wijzigingen in het definitieve feitencomplex zoals opgenomen in het rapport (zie onder) tot gevolg gehad.

1.2 De procedure

7. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat door de betrokken ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw was overtreden. In opdracht van de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) heeft de directeur van DM vervolgens op 24 juli 2009 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt.
8. Het rapport is op 24 juli 2009 per koerier toegezonden aan de gemachtigden van de betrokken ondernemingen.

¹ Documentnummers 6274/8, 6274/9, 6274/10, 6274/11, 6274/12, 6274/13, 6274/14, 6274/177.

² Documentnummer 6274/424.

³ Documentnummers 6274/384 en 6274/388.

9. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
10. Op 31 juli 2009 heeft de Raad een aanvraag als bedoeld in artikel 49a, eerste lid, Mw van de betrokken ondernemingen ontvangen. Bij besluit van 21 september 2009⁴ heeft de Raad de aanvraag afgewezen.
11. Op 29 september 2009 zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa en tevens aan de betrokken ondernemingen toegezonden. Overeenkomstig artikel 60, eerste lid, Mw heeft de Raad de betrokken ondernemingen opgeroepen schriftelijk of mondeling hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.
12. Op 30 november 2009 heeft de directeur van de Directie Mededinging van de NMa een addendum op het rapport opgesteld (hierna: het addendum). Het addendum is op deze datum aan de betrokken ondernemingen gezonden.⁵
13. De betrokken ondernemingen hebben schriftelijke zienswijzen op het rapport ingediend en tevens op 27 januari 2010 ten kantore van de NMa hun zienswijzen mondeling naar voren gebracht.
14. Op 23 februari 2010 is, met voorwaardelijke instemming van de betrokken ondernemingen, besloten de behandeling van het onderhavige besluit tijdelijk op te schorten, in afwachting van de uitkomst van de gesprekken tussen de NMa en brancheverenigingen Actiz en BTN, vertegenwoordigers van de thuiszorgsector. Doel van deze gesprekken was om te komen tot een branchebrede regeling die zorg draagt voor een thuiszorgsector waarin geen ongeoorloofde beperkingen van de mededinging plaatsvinden en waarbij gedragingen uit het verleden waaraan mededingingsrechtelijke bezwaren zijn verbonden, worden afgewikkeld. Deze regeling is niet tot stand gekomen, omdat de algemene ledenvergadering van Actiz niet instemde met het tussen partijen gesloten akkoord. Om die reden is op 28 mei 2010 de behandeling van de onderhavige zaak voortgezet.
15. Van de hoorzitting van 27 januari 2010 is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag opgemaakt. Het verslag van de hoorzitting is op 16 juli 2010 aan de betrokken ondernemingen toegezonden, waarbij zij in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. De betrokken ondernemingen hebben hiervan gebruik gemaakt.⁶ De opmerkingen zijn aan het dossier toegevoegd.

⁴ Documentnummer 6274/471.

⁵ Documentnummers 6274/499 en 6274/500.

⁶ Documentnummers 6274/537 en 6274/540.

1.3 Het rapport en het addendum

16. Hierna zal kort worden samengevat welke conclusies het rapport, bezien tezamen met het addendum, bevat ten aanzien van de feiten en omstandigheden en de juridische beoordeling.
17. Het rapport concludeert in randnummers 212 t/m 214:

'De Directeur Mededinging komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat Carint en Carinova hebben deelgenomen aan een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw door binnen Plectrum en diens voorganger de Groene Alliantie een non-concurrentiebeding overeen te komen, met als gevolg dat zij in de periode 1 januari 2005 - 1 juli 2007 geen huishoudelijke verzorging (hierna: HV) en in de periode 1 januari 2005 - 1 juni 2008 geen persoonlijke verzorging (hierna: PV) en verpleging (hierna: VP) aanboden in elkaars werkgebied.

Hun gedragingen in het kader van het non-concurrentiebeding hangen met elkaar samen, er is sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die als één voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw kan worden aangemerkt.

De gedragingen in het kader van het non-concurrentiebeding strekken ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, te verhinderen, beperken of te vervalsen. Tevens staat vast dat de mededingingsbeperking gedurende de inbreukperiode in de zorgkantoorregio Midden IJssel merkbaar is.'

18. Uit het voorgaande volgt dat het rapport bovenstaande werkgebiedverdeling tussen Carint en Carinova uitsluitend in de zorgkantoorregio Midden IJssel als een overtreding van de verbodsbepaling van artikel 6, eerste lid, Mw aanmerkt.
19. Het addendum stelt ten aanzien van de rechtspersonen aan wie de overtreding kan worden toegerekend:

'De overtreding die in de periode van 1 januari 2005 tot en met 27 juni 2006 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carinova te Deventer, kan aan de Stichting Carinova worden toegerekend. De overtreding die in de periode vanaf 28 juni 2006 tot 1 juni 2008 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carinova en Stichting Carinova Leiboorn Groep, kan aan de Stichting Carinova en de Stichting Carinova Leiboorn Groep worden toegerekend.

De overtreding die in de periode vanaf 1 januari 2005 tot en met 6 juli 2006 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carint te Hengelo, kan aan de Stichting Carint Wonen, inmiddels Stichting Carint-Reggeland Groep genaamd, worden toegerekend, aangezien deze Stichting Carint-Reggeland Groep rechtsopvolger is van de Stichting Carint. De overtreding die in de periode vanaf 7 juli 2006 tot en met 19 december 2007 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carint en Stichting Carint-Reggeland Groep te Hengelo, kan aan de

Stichting Carint Wonen, inmiddels Stichting Carint-Reggeland Groep genaamd, worden toegerekend, aangezien deze Stichting Carint-Reggeland Groep rechtsopvolger is van de Stichting Carint en de Stichting Carint-Reggeland Groep (zie randnummer 16). De overtreding die in de periode vanaf 20 december 2007 tot 1 juni 2008 is begaan door de Stichting Carint-Reggeland Groep, kan aan deze stichting worden toegerekend.'

1.4 Opbouw van dit besluit

20. Hierna worden in hoofdstuk 2 eerst de zienswijzen van de betrokken ondernemingen omtrent de procedurele aspecten van de onderhavige zaak besproken en beoordeeld. In hoofdstuk 3 wordt de voor de betrokken ondernemingen relevante regelgeving, de Algemene wet bijzondere ziektekosten (hierna: AWBZ) en de Wet maatschappelijke ondersteuning (hierna: WMO), beschreven en wordt aangegeven welke mogelijkheden deze regelgeving biedt om op de relevante markt te concurreren. In hoofdstuk 4 wordt de marktsituatie in de zorgkantoorregio Midden IJssel beschreven. In hoofdstuk 5 worden de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vastgesteld, waarna de Raad zijn eindconclusie over de feiten geeft. Hoofdstuk 6 behandelt de juridische beoordeling, mede gelet op de door de betrokken ondernemingen ingebrachte zienswijzen. In hoofdstuk 7 wordt de toerekening behandeld. Vervolgens geeft de Raad in hoofdstuk 8 zijn overwegingen omtrent het opleggen van een boete mede naar aanleiding van de op dat punt in de zienswijzen ingebrachte argumenten. Ten slotte volgt het dictum.

2 ZIENSWIJZEN EN BEOORDELING PROCEDURELE ASPECTEN

2.1 Vooringenomenheid NMa

21. Carinova stelt in haar zienswijze dat de NMa vooringenomen heeft gehandeld. De vooringenomenheid zou volgens Carinova blijken uit een uitspraak van de voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa, de heer Kalbfleisch, tijdens het zesde jaarcongres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht' van 9 oktober 2008, inhoudende dat meer boetes te verwachten zijn in de zorg. Hiermee zou geen rekening gehouden zijn met het feit dat op dat moment nog geen wederhoor had plaatsgevonden in de betreffende zaken en dat de uitkomst van de procedures nog alleszins onzeker was. Volgens Carinova had de NMa al besloten dat er overtredingen gaande waren in de zorg en dat daarvoor boetes zouden worden opgelegd. De vooringenomenheid van de Raad van Bestuur van de NMa volgt volgens Carinova eveneens uit de tekst van het besluit tot afwijzing van haar aanvraag voor een toezeggingsbesluit. In de tekst van dit besluit wordt verwezen naar het rapport in de onderhavige zaak dat, voor zover hier van belang, stelt dat partijen een non-concurrentiebeding zijn overeengekomen inhoudende dat zij geen concurrerende thuiszorgactiviteiten aanbieden in elkaars werkgebied. Volgens Carinova heeft de Raad van Bestuur van de NMa zich door zijn uitlatingen en vooringenomen visie op de

(thuis)zorgmarkten al dusdanig vastgelegd dat van een objectieve afweging tussen de stellingen van de Directie Mededinging en het verweer van Carinova al bij voorbaat geen sprake meer kan zijn.

22. Voorts heeft de Directie Mededinging van de NMa in strijd met het 'nemo tenetur' beginsel, als vastgelegd in artikel 6, tweede lid, EVRM, gehandeld door in het rapport conclusies te trekken, waaruit haar vooringenomenheid zou blijken. Deze schending is volgens Carinova van een zodanige omvang dat de NMa het recht op verdere vervolging heeft verspeeld.
23. De Raad wijst er op dat de Mededingingswet en de procedures die de NMa hanteert, erin voorzien dat niet vooringenomen wordt gehandeld. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61, en 62 Mw een aanvang. De ambtenaren die bij deze werkzaamheden zijn betrokken, zijn niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een waarborg tegen vooringenomenheid gegeven. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het onderzoek, of dat op een congres een verwachting wordt uitgesproken ten aanzien van het toekomstige (handhavings)beleid van de NMa, doet daaraan niet af. Specifiek met betrekking tot de door Carinova genoemde uitlating van de heer Kalbfleisch merkt de Raad nog het volgende op.
24. In het NMa-jaarbericht 2007 staat:

"In eerdere jaren heeft de NMa voornamelijk capaciteit ingezet om voorlichting (guidance) te geven aan de zorgsector. Bij bijeenkomsten van brancheverenigingen en congressen heeft de NMa uitleg gegeven over de toepassing van de Mededingingswet. De NMa heeft echter signalen over mogelijke overtredingen van de Mededingingswet door thuiszorginstellingen. Daarom heeft de NMa een aantal bedrijfsbezoeken gebracht. Tijdens deze bedrijfsbezoeken is op locatie gezocht naar bewijzen van mogelijke overtredingen. Dit onderzoek heeft eind 2007 geleid tot de eerste twee rapporten, die aan de betrokken partijen zijn gestuurd."

25. In het persbericht dat de NMa naar aanleiding van de presentatie van de NMa-Agenda 2008 heeft uitbracht, staat:

"De zorgsector baart mij zorgen. Omdat wij aanwijzingen hebben dat binnen de thuiszorg kartelafspraken worden gemaakt. Dat beperkt de consument in zijn vrijheid om te kiezen voor de zorg zoals hij die wenst, zowel in kwaliteit als prijs."

"Wij hebben aanwijzingen voor marktverdeling in de thuiszorg waardoor de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever – meer concurrentie – wordt gefrustreerd," aldus Kalbfleisch die deze woorden richt tot politiek en samenleving. "Als dit, na hoor- en wederhoor van betrokken partijen, inderdaad zo blijkt te zijn, dan is dat zeer schadelijk", zo waarschuwt de NMa-voorzitter. "Want niet alleen de

cliënt, maar ook de belastingbetaler die maar liefst 12,5 procent van zijn brutoloon afstaat aan onder meer AWBZ-zorg, is daar de dupe van.”

26. Uit de hierboven weergegeven berichten blijkt volgens de Raad dat de NMa niet bevooroordeeld was en er niet van uitging dat de overtreding waarover werd gesproken reeds vaststond. Niet alleen wordt gesproken over ‘signalen’ en ‘mogelijke overtredingen’, ook het woordgebruik (‘Als dit, na hoor- en wederhoor van betrokken partijen, inderdaad zo blijkt te zijn’) duidt erop dat nog niet op voorhand werd aangenomen dat er ook daadwerkelijk sprake is van een overtreding.
27. Ten aanzien van de tekst van het besluit tot afwijzing van de aanvraag van de betrokken ondernemingen tot een toewijzingsbesluit, wijst de Raad er op dat in deze tekst wordt verwezen naar het rapport in de onderhavige zaak waarin het vermoeden van de Directie Mededinging van de NMa is vastgelegd dat sprake is van een overtreding inhoudende een onderlinge verdeling van de werkgebieden van partijen die naar haar aard tot doel heeft om de mededinging te beperken. Hierbij is er op gewezen dat 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).⁷ Uit de tekst van genoemd besluit blijkt niet dat de Raad van Bestuur van de NMa reeds op dat moment voornemens was om de in het rapport geschetste overtreding vast te stellen of anderszins van vooringenomenheid van de Raad sprake is.

2.2 Schending artikel 53 Mededingingswet

28. Carinova stelt dat de Directie Mededinging van de NMa artikel 53 Mw onjuist uitlegt door het standpunt in te nemen dat deze bepaling niet ziet op schriftelijke vragen. Volgens Carinova valt een schriftelijke beantwoording van vragen binnen de reikwijdte van deze bepaling en komt haar aldus bij de beantwoording van de door DM aan Carinova schriftelijk gestelde vragen het zwijgrecht onder deze bepaling toe. De Directie Mededinging heeft volgens Carinova haar rechten van verdediging geschonden door Carinova met een beroep op artikel 5:20 Awb te sommeren schriftelijk gestelde vragen te beantwoorden. Carinova zou hierdoor onder protest en ter voorkoming van een boete wegens niet-meewerken openstaande vragen hebben beantwoord.⁸
29. De Raad stelt allereerst vast dat de door Carinova gegeven antwoorden op de hier centraal staande vragen, als weergegeven in documentnummer 6274/159, niet aan het onderhavige besluit ten grondslag zijn gelegd. De Raad is voorts van oordeel dat aan Carinova met betrekking tot de beantwoording van deze vragen geen zwijgrecht toekwam, aangezien de vragen hoofdzakelijk betrekking hadden op de (inhoudelijke) activiteiten van Carinova binnen

⁷ Zie randnummer 7 van besluit 6274/471.

⁸ Documentnummer 6274/159.

Plectrum. Naar het oordeel van de Raad valt dan ook niet in te zien dat Carinova op enige wijze in haar rechten van verdediging is geschaad. Of in algemene zin artikel 53 Mw van toepassing is in geval schriftelijk vragen door de NMa worden gesteld, kan, gelet op het voorgaande, in het midden worden gelaten.

2.3 Schending artikelen 55B en 51 Mededingingswet

30. Carinova wijst er op dat de rechter-commissaris (hierna: RC) van de Rechtbank Rotterdam op 26 maart 2008 een machtiging tot het betreden en doorzoeken van de privé woning van de heer [...] afgegeven heeft. Vervolgens hebben enkele medewerkers van de Directie Mededinging van de NMa op 31 maart 2008, met gebruikmaking van deze machtiging, deze woning betreden. Op grond van artikel 55b lid 3 Mw is een door de RC afgegeven machtiging drie dagen 'houdbaar'. Aangezien tussen de afgifte van de machtiging door de RC en het binnentreden van de woning van [...] vier dagen zaten, was de Directie Mededinging volgens Carinova zonder geldige titel tot de woning toegetreden. Voormelde handelwijze van de Directie Mededinging vormt volgens Carinova een ernstige schending van de rechten van verdediging.
31. Volgens Carinova heeft de NMa eveneens artikel 51 Mw geschonden omdat de Directie Mededinging tijdens het bezoek van de woning van de heer [...] analoge en digitale documenten heeft gekopieerd. Hieronder bevond zich volgens Carinova vertrouwelijke informatie van een advocaat over de toepassing van de mededingingsregels. Volgens Carinova heeft de Directie Mededinging het betreffende document niet verwijderd en vernietigd.
32. De Raad stelt vast dat noch de door de heer [...] gegeven antwoorden op de door de NMa tijdens het bezoek van 31 maart 2008 gestelde vragen⁹ noch enig document dat tijdens het bezoek aan de heer [...] door de Directie Mededinging van de NMa is meegenomen, aan het onderhavige besluit ten grondslag is gelegd. De heer [...] is bovendien in de gelegenheid gesteld om – eventueel in analoge en/of digitale documenten aanwezige - vertrouwelijke informatie van een advocaat over de toepassing van de mededingingsregels te laten verwijderen en heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Naar het oordeel van de Raad valt dan ook niet in te zien dat Carinova, gelet op het voorgaande, op enige wijze in haar rechten van verdediging is geschaad. Of in het kader van het betreden van de woning van de heer [...] door de Directie Mededinging van de NMa en het meenemen of kopiëren van documenten uit deze woning sprake is van een overtreding van het bepaalde in artikel 55B Mw, respectievelijk artikel 51 Mw, kan, gelet op het voorgaande, in het midden worden gelaten.

⁹ Documentnummer 6274/18.

2.4 Toegang tot het dossier

33. Carinova verwijt de Directie Mededinging van de NMa dat zij heeft verzuimd om zowel documenten die zij als belastend beschouwt als ontlastende documenten ter inzage te leggen. Zo was een verklaring van de laatste voorzitter van Plectrum, die in randnummer 85 van het rapport is aangehaald, aanvankelijk niet ter inzage gelegd. Voorts zijn volgens Carinova een aantal ontlastende documenten, die zij in randnummers 192 en 195 van haar schriftelijke zienswijze aanhaalt, niet ter inzage gelegd. Uit deze documenten volgt volgens Carinova dat zij voornemens was om met Thuiszorg Noord West Twente samen te werken en om zoveel mogelijk in te schrijven op WMO aanbestedingen van gemeenten in omliggende werkgebieden, waaruit de conclusie getrokken zou moeten worden dat geen wilsovereenstemming met Carint bestond met betrekking tot een onderlinge verdeling van hun werkgebieden. Hiernaast wijst Carinova er op dat twee notulen van vergaderingen van Carint van 20 en 21 februari 2007 zich niet in het onderhavige dossier bevinden, terwijl de Directie Mededinging van de NMa wel over deze documenten zou beschikken. Uit deze notulen zou blijken dat de overdracht door Carint van de aandelen in VVT geen 'oplossing' in het kader van Plectrum is, maar een zelfstandige beslissing van Carint. Door het niet ter inzage leggen van deze ontlastende informatie zou Carinova in haar rechten van verdediging geschaad zijn.
34. Ook Carint is van oordeel dat ontlastende informatie, waaronder notulen van een vergadering van de Raad van Toezicht van Carint van 19 februari 2007 en notulen van vergaderingen van de Raad van Bestuur van Carint van 20 en 27 februari 2007, zich niet in het onderhavige dossier bevindt. Bij de door de Directie Mededinging van de NMa bij Carint gekopieerde informatie zou zich bovendien ook e-mailcorrespondentie moeten bevinden tussen de voormalig bestuurder van Carint, de heer [...], en andere bestuurders die samenkwamen in Plectrum- en Groene Alliantieverband, waaruit zou volgen dat de heer [...] zich verzette tegen non-concurrentieafspraken. Deze ontlastende correspondentie is volgens Carint ten onrechte niet ter inzage gelegd.
35. De Raad volgt Carinova niet in haar zienswijze. Allereerst wijst de Raad er op dat de verklaring van de laatste voorzitter van Plectrum (de heer [.....]) op 11 november 2009 door de Juridische Dienst aan Carinova is gezonden.¹⁰ Aangezien Carinova haar schriftelijke zienswijze in deze zaak in januari 2010 heeft ingediend, en de hoorzitting in deze zaak in dezelfde maand plaatsvond, heeft Carinova voldoende mogelijkheden gehad om zich (tijdig) over dit document uit te laten en haar verdediging mede op dit document te baseren.
36. Uit de door Carinova in randnummers 192 en 195 van haar schriftelijke zienswijze aangehaalde documenten volgt dat Carinova voornemens was om met Thuiszorg Noord West Twente (uiteindelijk in het kader van een beoogde concentratie) samen te werken en om zoveel mogelijk in te schrijven op WMO aanbestedingen van gemeenten in omliggende - mitsdien

¹⁰ Documentnummer 6274/496.

buiten Midden IJssel gelegen – werkgebieden. Aangezien het rapport in de onderhavige zaak, kort geformuleerd, stelt dat Carint en Carinova een non-concurrentiebeding zijn overeengekomen, inhoudende dat zij in bepaalde periodes geen thuiszorgactiviteiten aanboden in elkaars werkgebied, hetgeen uitsluitend in de zorgkantorregio Midden IJssel als overtreding is aangemerkt, zijn deze documenten – als niet op de onderhavige zaak betrekking hebbende stukken – uit het dossier verwijderd. De regio Twente noch enige andere buiten de zorgkantorregio Midden IJssel gelegen regio is, gelet op het voorgaande, voor de beoordeling van de onderhavige zaak van belang. Voor zover Carinova van oordeel is dat deze stukken ontlastende informatie bevatten die wel in het onderhavige dossier dient te worden opgenomen, heeft zij de mogelijkheid gehad om deze documenten bij haar schriftelijke zienswijze (of voor de hoorzitting) in deze zaak in te brengen. Van deze mogelijkheid heeft zij geen gebruik gemaakt. Niet valt in te zien dat Carinova door het voorgaande in haar rechten van verdediging is geschaad.

37. Wat de notulen van de vergaderingen van Carint van 19, 20, 21 en 27 februari 2007 betreft, stelt de Raad allereerst vast dat deze zich noch in het ter inzage gelegde dossier van de Juridische Dienst noch in het dossier van de Directie Mededinging bevinden. Hetzelfde geldt voor de door Carint genoemde e-mailcorrespondentie tussen de heer [...] en andere bestuurders die in Plectrum- en Groene Alliantieverband samenkwamen. Hierbij wijst de Raad er op dat Carint en Carinova tijdens de hoorzitting in deze zaak hebben aangegeven evenmin over bedoelde e-mailcorrespondentie te beschikken.¹¹
38. Tot slot is van belang dat, zoals uit hoofdstuk 5 van dit besluit zal volgen, de verkoop door Carint van de aandelen in VVT niet als (ondersteunend) bewijs voor het bestaan van de in het rapport geschetste non-concurrentieafspraken tussen de betrokken ondernemingen wordt aangemerkt. Gelet op al het voorgaande, valt niet in te zien dat Carinova in haar rechten van verdediging geschaad is.

2.5 Schending zorgvuldigheidsbeginsel

39. Volgens Carinova heeft de Directie Mededinging van de NMa het zorgvuldigheidsbeginsel, als vastgelegd in artikel 3:2 Awb, niet in acht genomen doordat bedrijfsvertrouwelijke informatie van Carinova en van andere zorgaanbieders ten onrechte niet uit het dossier verwijderd is. Zo bevatten de in het onderhavige dossier opgenomen bijlagen bij de antwoorden van Zorgkantoor Midden IJssel van 11 november 2008 de productiecijfers van de in deze regio actieve zorgaanbieders voor de periode 2004 tot en met 2007 en de productieafspraken die het zorgkantoor voor het jaar 2007 heeft gemaakt. Uit een ander document zou af te leiden zijn welke extra tariefskorting zorgaanbieders in de AWBZ regio Apeldoorn-Zutphen bereid waren te geven. Voorts zou informatie over de productiegegevens van alle aanbieders van ouderenzorg in diverse zorgkantorregio's voor de periode 2004-2008 ten onrechte in het

¹¹ Documentnummer 6274/525.

dossier opgenomen zijn. Mede gelet op dit procedurele gebrek, heeft Carinova geen eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM gehad en heeft de NMa het recht op verdere vervolging verspeeld.

40. De Raad wijst er eerst op dat zowel de in de jaren 2004 tot en met 2008 gemaakte productieafspraken tussen zorgaanbieders en zorgkantoren, als de in deze jaren door zorgaanbieders behaalde productie(uren) niet als bedrijfsvertrouwelijke informatie zijn te beschouwen. Deze informatie dient als gedateerd beschouwd te worden.
41. Zelfs als deze gegevens wel als bedrijfsvertrouwelijke informatie zijn aan te merken, quod non, valt niet in te zien dat Carinova geen eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM heeft gehad of dat de Raad 'het recht op verdere vervolging' heeft verspeeld. Het belang van Carinova dat (haar betreffende) vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van artikel 10, eerste lid sub c van de Wob niet openbaar worden gemaakt, betreft immers een ander belang dan haar belang bij een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. De Raad wijst er bovendien op dat noch de Wob noch de Mw of de Awb een dergelijk verstrekkend gevolg op het openbaarmaken van dergelijke gegevens door een bestuursorgaan behelst.
42. Voor zover informatie in het ter inzage gelegde dossier op Carinova ziet, wijst de Raad er tot slot op dat bij brief van 15 september 2009 aan Carinova is medegedeeld op welke wijze de NMa de door Carinova ingediende vertrouwelijkheidsclaims beoordeelt.¹² Deze brief gaf Carinova geen aanleiding om een civielrechtelijke procedure tegen de NMa te entameren. Gelet op al het voorgaande valt niet in te zien dat Carinova in de onderhavige procedure in haar rechten van verdediging is geschaad.

Conclusie

43. Uit het bovenstaande volgt dat de bezwaren van Carinova en Carint met betrekking tot genoemde procedurele aspecten dienen te worden afgewezen.

3 RELEVANTE REGELGEVING EN DE MOGELIJKHEID TOT CONCURRENTIE

44. De Raad gaat in dit hoofdstuk in op de voor de betrokken ondernemingen relevante regelgeving, de AWBZ en de WMO, en welke mogelijkheden deze regelgeving biedt om op de relevante markt te concurreren.

3.1 De AWBZ

Inleiding

45. De AWBZ is een volksverzekering met als doel het dekken van bepaalde 'bijzondere ziektekosten', die niet worden vergoed door de ziektekostenverzekering. Iedereen die in Nederland woont en/of loonbelasting betaalt, is verplicht en automatisch AWBZ-verzekerd. De premies worden via de Belastingdienst geïnd. De AWBZ-zorg kan worden opgesplitst in extramurale zorg (zorg zonder verblijf) en intramurale zorg (zorg mét verblijf). Thuiszorg

¹² Documentnummer 6274/458.

behoort tot de extramurale zorg. Binnen de thuiszorg is er een onderscheid te maken naar drie functies: persoonlijke verzorging thuis, verpleging thuis en – tot 1 januari 2007 – huishoudelijke verzorging thuis. Voor deze functies stelt de NZa prestatiebeschrijvingen vast.¹³

Wijzigingen AWBZ

46. In de afgelopen jaren heeft een aantal wijzigingen in de AWBZ plaatsgevonden. Deze wijzigingen hebben de ruimte om te concurreren in de extramurale AWBZ-zorg vergroot. Hierna worden de voor dit besluit relevante wijzigingen besproken.
47. Per 1 april 2003 zijn de mogelijkheden voor zorgaanbieders om AWBZ-breed zorg te leveren uitgebreid. Het College Toezicht Zorgverzekeringen (hierna: CTZ) heeft over de in 2003 ingevoerde maatregelen in 2002 een toezichtstoets uitgebracht.¹⁴ In 2004 is een eerste stap gezet in de richting van functiegerichte bekostiging op het terrein van de extramurale zorgverlening. In een beleidsregel van het College Tarieven Gezondheidszorg zijn met ingang van 1 januari 2004 alle bestaande extramurale zorgproducten zoveel mogelijk geclusterd onder de verschillende functies, met daarbinnen zoveel mogelijk harmonisatie naar inhoud en tarief.
48. Voorafgaand aan deze wijziging van 1 april 2003 waren de AWBZ-aanspraken sterk aanbodgericht opgesteld, dat wil zeggen op basis van het dienstenpakket dat door de instellingen traditioneel werd aangeboden. Ook waren deze aanspraken onderverdeeld naar sectoren. De wetgever heeft met de in vorig randnummer genoemde functiegerichte benadering een omslag van aanbod- naar vraagsturing beoogd, zodat een intramurale instelling nu bijvoorbeeld ook de 'functie' extramurale thuiszorg kan aanbieden en daarmee de concurrentie kan aangaan met de klassieke thuiszorgaanbieders. Zorgaanbieders krijgen de ruimte om afspraken te maken over prijzen en producten die nodig zijn om in de zorgbehoefte van cliënten te voorzien.¹⁵ Wel is nu door de NZa voor verschillende functies een maximumtarief ingesteld, maar dat verhindert de zorgaanbieders niet om met elkaar te concurreren en een lagere prijs aan te bieden.
49. AWBZ-zorg aanbieders zijn wat de vorm van de aangeboden zorg betreft binnen een functie gehouden aan centraal vastgestelde prestatiebeschrijvingen. Uit het besluit zorgaanspraken AWBZ¹⁶ blijkt dat het de bedoeling is om de landelijke sturing te beperken tot globaal niveau: *'De concretisering van de aanspraken vindt dus op individueel verzekerde-niveau plaats, waardoor daadwerkelijk zorg-op-maat wordt gerealiseerd'*. Sinds 1 oktober 2007 stelt de NZa op globaal niveau prestatiebeschrijvingen vast. Op deze manier wordt er een goede prijsvergelijking mogelijk en wordt de marktwerking verder gestimuleerd. De invulling op het niveau van specifieke producten vindt plaats door de zorgaanbieder.

¹³ De prestatiebeschrijvingen zijn vastgelegd in de Beleidsregel prestatiebeschrijvingen extramurale zorg (www.nza.nl).

¹⁴ Moderniseringsmaatregelen AWBZ 2003, CTZ, september 2002.

¹⁵ Tweede Kamer, 2003, Modernisering AWBZ, 26 631, nr. 55.

¹⁶ Besluit zorgaanspraken AWBZ, 25 oktober 2002, Stb. 2002, 527.

50. Per 1 september 2004 is de contracteerplicht voor extramurale AWBZ-zorg afgeschaft. Tot die tijd gold voor zorgkantoren een contracteerplicht voor alle vormen van AWBZ-zorg. Het zorgkantoor was verplicht met elke toegelaten instelling die daarom verzocht een overeenkomst te sluiten. Nu deze contracteerplicht is afgeschaft, hebben zorgkantoren de mogelijkheid om selectief te contracteren. Thuiszorgaanbieders moeten concurreren om een contract met het zorgkantoor. Het zorgkantoor kan met meerdere aanbieders een contract sluiten.
51. In haar 'Visiedocument AWBZ-zorgmarkten' heeft de NMa vastgesteld dat door de transitie in de AWBZ concurrentie tussen de AWBZ-zorgaanbieders mogelijk is sinds 1 januari 2004.¹⁷ In dat kader is vastgesteld dat zorgaanbieders een prikkel hebben om het aantal cliënten te vergroten en derhalve te concurreren om de cliënt. Tevens is vastgesteld dat de bedoeling van de wetgever bij de veranderingen van de wet- en regelgeving is, dat de AWBZ-zorgaanbieders het zorgaanbod beter op de vraag van de cliënt (zullen) gaan afstemmen.

Conclusie

52. Door de contracteerplicht op te heffen en door de invoering van de functiegerichte omschrijvingen van de aanspraken op thuiszorg, als gevolg waarvan meerdere aanbieders tot de markt kunnen toetreden, heeft de wetgever met de wetwijzigingen van 2003 en 2004 de marktwerking en concurrentie tussen aanbieders van thuiszorg mogelijk gemaakt.

3.2 De financiering van de thuiszorg

Inleiding

53. Een cliënt met een zorgvraag moet zijn zorgbehoefte ter beoordeling voorleggen aan het Centraal Indicatie Orgaan (hierna: CIZ). Het CIZ doet, in de zogenaamde 'indicatiestelling', een uitspraak over de benodigde zorg naar inhoud en omvang. De cliënt kan vervolgens kiezen uit enerzijds zorg 'in natura' waarvoor het zorgkantoor de inkoop doet of anderzijds een uitkering, het Persoonsgebonden Budget (hierna: PGB) genaamd, waarmee de cliënt zelf de benodigde zorg inkoop. Een aanbieder van AWBZ-thuiszorg heeft dus te maken met twee potentiële vragers: het zorgkantoor en de cliënt.
54. Een thuiszorginstelling is voor haar financiering voornamelijk afhankelijk van de budgetten die door het zorgkantoor ter beschikking worden gesteld. Het zorgkantoor kent van elkaar te onderscheiden budgetten, te weten het garantiebudget en de vrij besteedbare ruimte.

Garantiebudget

55. Het garantiebudget is dat deel van het totale budget dat door het zorgkantoor wordt gereserveerd voor een bepaalde thuiszorginstelling. De omvang van het garantiebudget is gebaseerd op een bepaald gedeelte van de door de thuiszorginstelling in het voorafgaande jaar behaalde productie. Pas op het moment dat de zorg daadwerkelijk is verleend, keert

¹⁷ Visiedocument AWBZ-zorgmarkten, NMa, januari 2004.

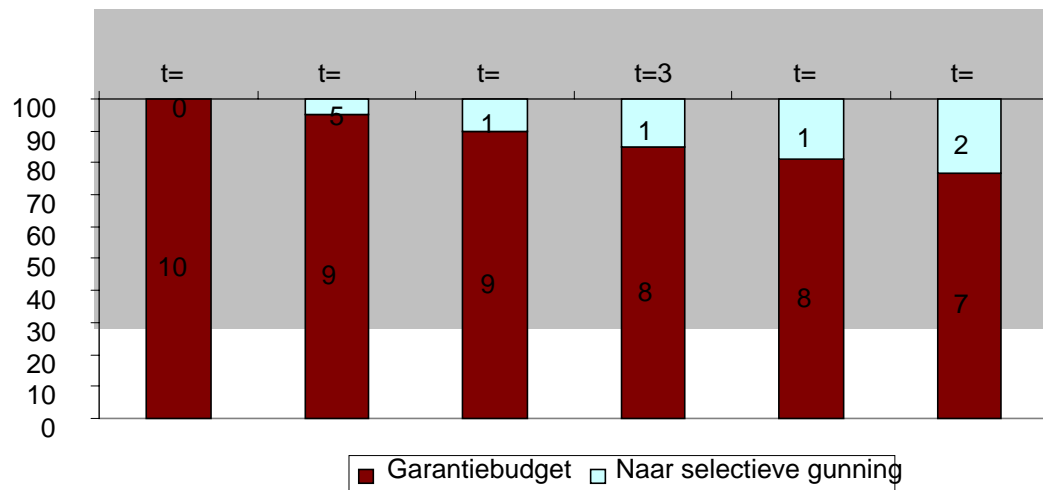
het Centraal Administratie Kantoor (hierna: CAK), namens het zorgkantoor het garantiebudget uit. Het zorgkantoor Midden IJssel, het zorgkantoor waarmee de thuiszorginstellingen uit de onderhavige zaak te maken hadden, had het garantiebudget in de jaren 2007 en 2008 bepaald op 95% van de gerealiseerde productie(uren) van een thuiszorgverlener in het jaar ervoor.¹⁸

56. Omdat het garantiebudget pas wordt uitgekeerd nadat de zorg daadwerkelijk is geleverd, heeft de thuiszorginstelling er baat bij om binnen het garantiebudget zoveel mogelijk zorg te verlenen. Hierbij dient een thuiszorginstelling wel rekening te houden met een in het financieringssysteem ingebouwde rem op de hoeveelheid zorg die een thuiszorginstelling kan verlenen. Deze rem op de hoeveelheid zorg die een thuiszorginstelling kan verlenen, is het gevolg van het feit dat een thuiszorginstelling niet op voorhand de meer verleende thuiszorg gefinancierd krijgt. Lopende het jaar wordt het garantiebudget bekeken en kan het zorgkantoor besluiten het garantiebudget aan te passen. Het zorgkantoor krijgt iedere maand de productiecijfers van de thuiszorgaanbieders. In de zomer wordt dan voor de eerste keer via extrapolatie gekeken hoe zich de daadwerkelijke productie verhoudt tot het gereserveerde garantiebudget voor het desbetreffende jaar. Mocht dit duidelijk uit elkaar lopen, dan wordt over een bijstelling (ofwel 'herschikking') van het garantiebudget onderhandeld. Ieder zorgkantoor hanteert hierbij zijn eigen criteria. De mogelijkheid om bij te stellen kan ook afhangen van de vraag of een zorgkantoor het budget van de zorgverzekeraar kan of wil gebruiken in andere regio's.¹⁹
57. Een thuiszorgaanbieder die weinig geproduceerd heeft, kan dus een lagere productieafspraken krijgen, een thuiszorgaanbieder die goed presteert, (onder bepaalde voorwaarden en in beperkte mate) een hogere. Indien een zorgaanbieder en zorgkantoor het hierover eens worden, gaat dat relatief gemakkelijk. Als de zorgaanbieder niet met de wijziging van de afspraak akkoord gaat, moet het zorgkantoor de eenzijdige wijziging van de productieafspraken aan de NZa ter goedkeuring voorleggen. De NZa keurt de wijziging niet altijd goed. In het najaar kan vervolgens nog een keer een bijstelling of 'herschikking' plaatsvinden. Het garantiebudget van het daarop volgende jaar is daarom vaak niet gebaseerd op de initiële productieafspraken, maar op het resultaat van één van de herschikkingsronden. Vaak is het die van de zomer, omdat de garantiebudgetten voor het volgende jaar al worden vastgesteld voordat de gewijzigde productieafspraken van het najaar rond is.
58. De rem op de hoeveelheid zorg die een thuiszorginstelling kan verlenen, doet echter niet af aan het uitgangspunt dat een thuiszorginstelling er belang bij heeft om voldoende zorg te verlenen, zodat zij het garantiebudget ook volledig uitgekeerd krijgt door het CAK. Om de hoeveelheid zorg die bij de toekenning van het garantiebudget is afgesproken ook daadwerkelijk te kunnen verlenen, is een thuiszorginstelling allereerst en voornamelijk gebaat bij behoud van het volume van haar cliëntenbestand.

¹⁸ Documentnummer 6274/292.

¹⁹ Documentnummer 6274/424, ECRI-rapport.

59. Een thuiszorginstelling heeft er niet alleen belang bij om een zo hoog mogelijke productie te hebben wat betreft het garantiebudget van het lopende jaar. Om te voorkomen dat het garantiebudget ieder jaar lager en daardoor in het vijfde jaar wordt vastgesteld op 77% van de productie, dient de thuiszorginstelling in de eerste plaats ieder jaar haar productie op het niveau van het voorafgaande jaar te houden, maar daarnaast dient de thuiszorginstelling ervoor te zorgen dat het resterende deel van haar productie ook geheel wordt vergoed. Voor het na het garantiebudget resterende deel stelt het zorgkantoor een tweede soort budget ter beschikking, het 'vrij besteedbare volume'.
60. Het potentiële verlies aan productievolume is in onderstaande figuur geïllustreerd (uitgaande van een garantiebudget van 95% zoals gehanteerd door het zorgkantoor Midden IJssel):



Vrij besteedbare ruimte

61. Het 'vrij besteedbare volume' is dat gedeelte van het totale budget van een zorgkantoor dat niet door middel van garantiebudgetten wordt toegekend. De hoogte van een garantiebudget heeft daarmee gevolgen voor het 'vrij besteedbare volume' van het zorgkantoor. Hoe groter een garantiebudget is, hoe kleiner het 'vrij besteedbare volume' van een zorgkantoor is. Hoe kleiner de vrij besteedbare ruimte is, hoe kleiner het budget is waarvoor door thuiszorginstellingen moet worden geconcurrereerd om een contract met het zorgkantoor te krijgen. Het na het garantiebudget resterende 'vrij besteedbare volume' wordt na aanbesteding op basis van vooraf vastgestelde prijs- en kwaliteitscriteria verdeeld over de meest geschikte thuiszorgaanbieders, waarbij zowel bestaande aanbieders als ook toetreders mee kunnen dingen (de zogenaamde selectieve gunning).²⁰
62. Een thuiszorginstelling heeft er dus belang bij via het 'vrij besteedbare volume' de in dit voorbeeld resterende 5% van de door haar te verlenen zorg te financieren om haar bestaande productiecapaciteit in stand te houden.

²⁰ Documentnummer 6274/424, ECRI-rapport.

63. In het ECRi-rapport wordt het volgende opgemerkt: *'wanneer de reeds gecontracteerde thuiszorgaanbieders er jaarlijks in slagen om via selectieve gunning tot 100% aan te vullen, dan ontstaat er een status quo. Afhankelijk van de regionale groeiruimte veranderen historisch gegroeide marktaandeelen in dat geval niet of nauwelijks'*.

Tussenconclusie

64. Een thuiszorginstelling heeft er baat bij de omvang van haar cliëntenbestand te handhaven en de verleende thuiszorg voor de volle 100% gefinancierd te krijgen door middel van het garantiebudget én het 'vrij besteedbare volume'. Indien een thuiszorginstelling haar cliëntenbestand wenst te behouden, zal zij moeten concurreren om de gunst van de cliënt zowel als om de gunst van het zorgkantoor. Het financieringssysteem stimuleert op deze wijze de concurrentie.

3.3 De rol van het zorgkantoor

65. Voor het financieren van de AWBZ-zorg heeft het zorgkantoor²¹ voor zijn regio de beschikking over een bepaald budget, de regionale contacteerruimte.²² Deze contracteerruimte vormt de bovengrens van de productieafspraken die het zorgkantoor in totaal met zorgaanbieders mag maken.
66. Voor thuiszorg stelt de NZa door middel van een beleidsregel voor iedere prestatiebeschrijving een maximumtarief vast. Dat betekent dat thuiszorgaanbieders in hun prijsstelling naar het zorgkantoor toe vrij zijn, zolang de prijs niet hoger ligt dan deze bovengrens. In de praktijk blijkt dat zorgkantoren in de thuiszorg in 2006 een gemiddelde korting op het maximumtarief bedongen tussen 0,5% en 2,9%, afhankelijk van de prestatiebeschrijving.²³
67. Sinds de hierboven beschreven transitie in de AWBZ zijn zorgkantoren overgegaan tot een meer selectieve inkoopprocedure. Zij proberen met hun contracteer- en inkoopbeleid de concurrentie tussen de aanbieders te stimuleren. Thuiszorgaanbieders moeten onder andere concurreren om een contract (en het gewenste budget) met het zorgkantoor. Om meer kans te maken op het gewenste budget zullen thuiszorgaanbieders zich in positieve zin moeten onderscheiden op het gebied van samenstelling, vorm, prijs en kwaliteit van hun aanbod.²⁴

Het inkoopbeleid van het zorgkantoor Midden IJssel

²¹ Een zorgkantoor is een voor vier jaar door het ministerie van VWS aangewezen zorgverzekeraar die optreedt als vertegenwoordiger van de zorgverzekeraars in zijn regio.

²² Deze regionale contracteerruimte is ingevoerd om ervoor te zorgen dat de totale uitgaven voor AWBZ-zorg binnen het gestelde macrokader blijven, zie het 'Convenant zorgkantoren 2006-2008', gesloten tussen het Ministerie van VWS, ZN en CVZ, Staatscourant 3 april 2006, nr. 66 / p. 17.

²³ Documentnummer 6274/424: ECRi-rapport, p. 20.

²⁴ Documentnummer 6274/424: ECRi-rapport, p. 15-16 en 42.

68. Sinds 2005 hanteert het zorgkantoor Midden IJssel een aanbestedingsbeleid. Elk jaar heeft het zorgkantoor zijn inkoopbeleid gepubliceerd. Vanaf het jaar 2007 hanteerde het zorgkantoor Midden IJssel voor bestaande aanbieders een garantiebudget ter hoogte van 95% van de gerealiseerde productie(uren) in het jaar ervoor.²⁵ De 5% die hiermee werd vrijgemaakt, het vrij besteedbare volume, werd vanaf 2006 toegekend op basis van een rangordelijst die tot stand komt na beoordeling van de offertes aan de hand van wegingscriteria. Nieuwe zorgaanbieders kunnen een offerte indienen en meedingen naar een deel van het vrij besteedbare volume. De wegingscriteria hebben, kort geformuleerd, betrekking op kwaliteit en prijs. Vanaf het jaar 2007 heeft het zorgkantoor Midden IJssel vooraf een deel van het budget specifiek ter beschikking gesteld aan nieuwe toetreders tot haar regio.
69. Het zorgkantoor Midden IJssel houdt gedurende het jaar de door de thuiszorginstellingen verleende zorg bij. Twee keer per jaar vindt een herschikking van het toegekende budget plaats, waarbij budget van thuiszorginstellingen die minder hebben geproduceerd dan is afgesproken, overgeheveld wordt naar thuiszorginstellingen die meer hebben geproduceerd dan is afgesproken. Overproductie wordt echter niet altijd gehonoreerd.

Tussenconclusie

70. Het zorgkantoor Midden IJssel heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid sturing te geven aan kwaliteit, prijs en volume, en aan de mogelijkheid tot concurrentie. Het heeft de concurrentie gestimuleerd door vanaf 2005 een aanbestedingsbeleid te hanteren en door inschrijvers vanaf 2006 in te delen in een rangordelijst, door twee keer per jaar het budget te herschikken en door, vanaf het jaar 2007, een deel van het budget specifiek ter beschikking te stellen aan nieuwe toetreders tot de zorgkantorregio Midden IJssel.

3.4 De wijze waarop concurrentie mogelijk is

Inleiding

71. Alvorens na te gaan of de thuiszorginstellingen, zoals het Rapport stelt, op enigerlei wijze de onderlinge concurrentie hebben beperkt, zal worden bekeken op welke wijze thuiszorginstellingen met elkaar kunnen concurreren en wedijveren om de gunst van de cliënt respectievelijk het zorgkantoor. Een thuiszorginstelling heeft de mogelijkheid om op een aantal aspecten van de thuiszorg te concurreren met andere thuiszorginstellingen.²⁶

Vrijheid ten aanzien van de kwaliteit

72. Iedere zorgaanbieder dient te voldoen aan de in de Kwaliteitswet Zorginstellingen (hierna: Kwaliteitswet) omschreven kwaliteitseisen; de zorgaanbieder biedt 'verantwoorde zorg' aan. Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van een goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële

²⁵ Documentnummer 6274/292.

²⁶ Documentnummer 6274/424, ECRI-rapport, p. 8-14.

behoefte van de patiënt (artikel 2 Kwaliteitswet). De zorgaanbieder organiseert de zorgverlening op zodanig wijze, voorziet de instelling zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personeel en materiaal en draagt zorg voor een zodanige verantwoordelijkheidstoetsing, dat een en ander leidt of redelijkerwijs moet leiden tot verantwoorde zorg. Hierbij betreft de zorgaanbieder de resultaten van overleg tussen de thuiszorginstelling, zorgverzekeraars en patiënten/cliëntenorganisaties (artikel 3 Kwaliteitswet).

73. Aanbieders moeten de algemene eisen die de wet stelt, zelf nader uitwerken en invullen, zodat eigen verantwoordelijkheid het uitgangspunt vormt. De Kwaliteitswet specificeert louter de minimumkwaliteitseisen waaraan aanbieders moeten voldoen. Zo biedt deze wet hen de volledige vrijheid om te komen tot extra inspanningen op het gebied van kwaliteit. De wet biedt derhalve de mogelijkheid aan de thuiszorginstellingen om bijvoorbeeld door middel van het concept van wijkgerichte zorg thuiszorg te verlenen.

Vrijheid ten aanzien van het aanbod

74. De aanspraak op thuiszorg is per functie door middel van prestatiebeschrijvingen vastgelegd door de NZa. Ook de indicatiestelling, de toelating en de tariefstelling vindt plaats naar functies. De bekostiging sluit hierop aan: *'Invoering van een AWBZ-brede functiegerichte bekostiging, die recht doet aan de gewenste dynamiek en flexibiliteit in de zorg en waarbij de schotten tussen de onderscheiden sectoren vervallen, ondersteunt deze omslag. Partijen krijgen maximale ruimte om afspraken te maken over prijzen en producten die nodig zijn om in de zorgbehoefte van cliënten te voorzien'*.²⁷
75. De functiegerichte benadering maakt het voor zorgaanbieders ten aanzien van de samenstelling van hun aanbod mogelijk om er voor te kiezen zich te richten op één of enkele functies.²⁸

Vrijheid ten aanzien van het werkgebied/ toetreding tot een andere zorgkantorregio

76. Een thuiszorginstelling heeft de vrijheid om in de zorgkantorregio waar zij gevestigd is, haar werkgebied uit te breiden en zelf te bepalen waar zij nog nieuwe vestigingen wil openen. Zij kan ook besluiten dat zij zich tevens wil vestigen in de regio van een ander zorgkantoor, zij het dat zij in dat geval wel een aantal drempels moet overwinnen. Op de marktomstandigheden in de zorgkantorregio Midden IJssel en de toetredingsmogelijkheden tot deze regio wordt hierna in paragraaf 4.2 en 4.3 nader ingegaan.

Vrijheid ten aanzien van de prijs

77. Voor iedere prestatiebeschrijving is er een maximumtarief. Het staat zorgaanbieders vrij om een lager tarief dan het geldende maximumtarief in rekening te brengen.

Conclusie

²⁷ Brief van de Staatssecretaris van VWS van 29 augustus 2003, Modernisering AWBZ, TK 2002-2003, 26 631, nr. 55, p. 4.

²⁸ 'Signalement toelating instellingen AWBZ', College voor Zorgverzekeringen, Diemen, 2004.

78. Een thuiszorginstelling concurreert zowel om een contract met het zorgkantoor als om de cliënt en kan die concurrentie zowel ten opzichte van het zorgkantoor als ten opzichte van de cliënt voeren op kwaliteit, aanbod en werkgebied. Ten opzichte van het zorgkantoor kan de thuiszorginstellingen bovendien nog concurreren op de prijs.

4 MARKTSITUATIE

4.1 Relevante markten

79. In de navolgende randnummers wordt een beschrijving van de betrokken relevante markten gegeven.
80. De NMa is in een reeks van besluiten betreffende het concentratietoezicht²⁹ uitgegaan van twee aparte productmarkten voor AWBZ gefinancierde extramurale zorg (thuiszorg); (1) de markt voor HV en (2) de markt voor PV & VP. In de onderhavige zaak is geen aanleiding om hiervan af te wijken.
81. De NMa heeft voorts geoordeeld dat de geografische markten voor HV en voor PV & VP ten minste het werkgebied van een grote, gevestigde speler omvatten en ten hoogste de zorgkantoorregio.³⁰ Uit onderzoek van de NMa is gebleken dat er drempels bestaan voor spelers om vanuit hun werkgebied op korte termijn actief te worden in het werkgebied van een andere speler. De aard en omvang van deze toetredingsdrempels en andere concurrentieomstandigheden in de werkgebieden kunnen per zorgkantoorregio verschillen (zie hierna onder paragraaf 4.3 voor de toetredingsdrempels tot de zorgkantoorregio Midden IJssel).
82. In dit besluit staat de zorgkantoorregio Midden IJssel centraal. Voor de zorgkantoorregio Midden IJssel geldt in de eerste plaats dat gedurende de inbreukperiode, zowel voor HV als PV & VP sprake is van belangrijke verschillen in concurrentievoorwaarden tussen dit gebied en de omliggende zorgkantoorregio's. Zo is er sprake van verschillen in het inkoopbeleid met andere omliggende zorgkantoren als het gaat om nieuwe spelers.³¹

²⁹ Zie het NMa besluit van 18 augustus 2005 in zaak 4988/*Oosterlengte - Thuiszorg Groningen – Sensire*, punten 16 en 21, het NMa besluit van 4 november 2005 in zaak 4212/*De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*, punten 14 en 16 en het NMa besluit van 4 april 2007 in zaak 5974/*Careyn – Thuiszorg West-Brabant*, punt 14.

³⁰ Zie het NMa besluit van 18 augustus 2005 in zaak 4988/*Oosterlengte - Thuiszorg Groningen – Sensire*, onder punt 28.

³¹ De zorgkantoorregio Midden IJssel werkt met maximum startbudgetten die niet vooraf vastomlijnd zijn, maar mede afhankelijk zijn van marktontwikkelingen in voorafgaande jaren. In de zorgkantoorregio Zwolle wordt daarentegen een minimum in plaats van een maximum budget gehanteerd. Het zorgkantoor Twente werkt met een maximum budget van EUR 100.000,- in 2006; vanaf 2007 is er geen maximum meer. In de zorgkantoorregio Apeldoorn-Zutphen werd pas vanaf 2007 gewerkt met een systeem dat kenmerken van een aanbesteding heeft en met een startbudget voor nieuwe toetreders.

83. Ten tweede verschilt de structuur van de aanbodzijde duidelijk met andere omliggende zorgkantoorregio's. In Midden IJssel is al jaren sprake van één grote aanbieder (Carinova). Dit beeld verschilt van de omliggende zorgkantoorregio's waarin over het algemeen sprake is van andere en meerdere partijen die als beeldbepalende aanbieders zijn aan te merken.
84. Met betrekking tot toetredingsdrempels is gebleken dat het niet eenvoudig is om als geheel nieuwe speler per direct met een "groot" contract in de zorgkantoorregio Midden IJssel toe te treden, vanwege de verhoudingsgewijs beperkte startbudgetten die het zorgkantoor beschikbaar stelt.³²
85. Andere toetredingsbarrières zijn gelegen in het verkrijgen of vergroten van naamsbekendheid en de daarvoor benodigde investeringen en tijd.³³
86. De NMa concludeert voorts dat de relevante geografische markt niet kleiner is dan de zorgkantoorregio Midden IJssel. De concurrentieomstandigheden binnen het gebied zijn voldoende homogeen. In antwoord op vragen op dit punt aan zorgkantoor Midden IJssel komt in de eerste plaats naar voren dat er geen fundamentele verschillen zijn tussen gemeenten in de mogelijkheden tot toetreding.³⁴ In aanvulling hierop komt naar voren dat iedere aanbieder door het zorgkantoor wordt geacht in de hele regio te kunnen leveren (met uitzondering van intramurale instellingen die extramuraal leveren).³⁵ Het zorgkantoor stuurt daarmee kennelijk niet op het uitvoeren van werk in specifieke gebieden. Zo is Carinova, als beeldbepalende aanbieder, in de gehele zorgkantoorregio actief.
87. Uit het voorgaande wordt geconcludeerd dat de relevante geografische markt tijdens de inbreukperiode samenvalt met de zorgkantoorregio Midden IJssel. Dit is het gebied waarvoor het zorgkantoor Midden IJssel gedurende de inbreukperiode partijen contracteert en financiert.³⁶ Voor een weergave van dit gebied wordt verwezen naar het lichtgroen gekleurde gedeelte op de overzichtskaarten in de **bijlage**.

³² Voor een bespreking van het totaal aan mogelijkheden om de activiteiten op het gebied van extramuraal zorg voor nieuwe toetreders gedurende de inbreukperiode gefinancierd te krijgen vanuit de AWBZ zij verwezen naar paragraaf 4.3.

³³ Dit blijkt in de eerste plaats uit een serie interviews (zie dossierstuk 6274/293) die is gehouden met een aantal aanbieders in en om de zorgkantoorregio Midden IJssel. Ook het zorgkantoor Midden IJssel geeft aan dat voor succesvolle toetreding aanzienlijke investeringen in naamsbekendheid nodig zijn en participatie in bestaande netwerken in de regio van belang is. Zie dossierstuk 6274/166 "Op zich zijn er geen barrières voor toetreding in de regio. In de praktijk blijkt ons wel dat de naamsbekendheid van nieuwe zorgaanbieders (immers voorkeur van cliënten is leidend) en het (nog) niet participeren in zorgketens de groei van nieuwe organisaties vertragen".

³⁴ Zie antwoord op vraag 19 in de vragenbrief aan de zorgkantoorregio Midden IJssel, dossiernummer 6274/166.

³⁵ Antwoord op vraag 40 tot en met 44 in de vragenbrief aan de zorgkantoorregio Midden IJssel, dossiernummer 6274/166.

³⁶ Uit informatie van het zorgkantoor Midden IJssel (zie dossiernummer 6274/166 en dossiernummer 6274/392) blijkt dat dit gebied voor de jaren 2005 tot en met 2007 wordt gevormd door de gemeenten Deventer, Olst-Wijhe (met uitzondering van Wijhe, postcode gebieden 8131 en 8198), Raalte (met uitzondering van Heino, postcode gebied 8055, 8141 en 8144) en het grondgebied van de

4.2 Marktomstandigheden zorgkantoorregio Midden IJssel

88. In deze paragraaf worden de marktomstandigheden in de zorgkantoorregio Midden IJssel in de periode 2005 tot en met 2008 nader uiteengezet.³⁷
89. In de zorgkantoorregio Midden IJssel is Carinova van oudsher de beeldbepalende speler. Carinova heeft gedurende de periode van 2005 tot en met 2007 - gemeten in uren - een bestendige en zeer sterke marktpositie binnen de zorgkantoorregio Midden IJssel. Voor HV was het marktaandeel van Carinova in 2005 [80-90]% en in 2006 [80-90]%. Voor PV & VP is het marktaandeel van Carinova in 2005 [70-80]%, in 2006 [70-80]% en in 2007 [70-80].³⁸ Dit blijkt zowel uit de cijfers van het CAK als uit gesprekken tussen de NMa en het zorgkantoor Midden IJssel.
90. Daarnaast komt uit de cijfers naar voren dat er naast Carinova diverse andere, qua marktaandeel aanzienlijk kleinere partijen in Midden IJssel actief zijn.³⁹ Mede gelet op de reeds zeer sterke – en in bovengenoemde jaren verder gegroeide - marktpositie van Carinova in Midden IJssel, is de concurrentiedruk voor PV & VP en HV van deze partijen beperkt.⁴⁰
91. Ook uit verder onderzoek in de onderhavige zaak blijkt dat er nauwelijks sprake is van concurrentiedruk op Carinova door de andere spelers in deze zorgkantoorregio. Deze spelers zijn overwegend intramurale instellingen die thuiszorg aanbieden in aanleunwoningen of in de directe omgeving van de intramurale instelling.⁴¹ Uit het gesprek van de NMa met het zorgkantoor Midden IJssel blijkt dat deze traditionele intramurale spelers niet de ambitie

voormalige gemeente Holten (ondanks het feit dat deze voormalige gemeente 'formeel-administratief' tot de zorgkantoorregio Twente behoort). De activiteiten van Carinova in Holten werden ook na de gemeentelijke samenvoeging met de gemeente Rijssen tot en met 2006 volledig door zorgkantoor Midden IJssel gefinancierd. Vanaf 2007 werd een deel van de *groei* van de activiteiten van Carinova in de gemeente Rijssen-Holten door het zorgkantoor Twente gefinancierd; zie de schriftelijke reactie van zorgkantoor Midden IJssel op het verslag van het gesprek d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/257.

³⁷ Voor de berekening van marktaandelen in dit hoofdstuk zijn cijfers van het CAK gebruikt, welke de werkelijke productie in de geografische gebieden weergeven gedifferentieerd naar productgroep. De NMa heeft voorts van de NZa de cijfers van het zorgkantoor Midden IJssel met betrekking tot de productie in haar regio ontvangen. De CAK-gegevens en de gegevens ontvangen van de NZa komen overeen.

³⁸ Deze marktaandelen zijn berekend op basis van gegevens van het CAK. Zie dossiernummer 6274/294 voor de berekeningen.

³⁹ De grootste van de door het zorgkantoor gecontracteerde kleinere partijen realiseert tijdens de inbreukperiode een gemiddeld marktaandeel van ongeveer [10-20]% voor PV & VP en ongeveer [0-10]% voor HV. De daaropvolgende concurrenten realiseren tijdens de inbreukperiode een marktaandeel van gemiddeld minder dan 4%.

⁴⁰ Zie het NMa besluit van 14 juli 2008 in zaak 6320 / *ZorgAccent & Thuiszorg Noord West Twente – Sutfene – Carinova Leiboom – Vèrian*, randnummer 60.

⁴¹ Één van deze intramurale spelers was De Leiboom. Na de fusie tussen Carinova en De Leiboom is de uitvoering van thuiszorg overgeheveld van deze instelling naar Carinova.

hebben om thuiszorg in de hele regio te leveren en het zorgkantoor vraagt dat ook niet van deze spelers.⁴²

92. De sterke positie van Carinova is niet minder geworden door de toenemende bestedingen via PGB in de zorgkantoorregio Midden IJssel voor zowel HV als PV & VP.⁴³ De heer [...], toenmalig bestuurder van Carinova, bevestigt dat de concurrentiële situatie in de zorgkantoorregio in de jaren 2003 tot en met 2008 niet veel is veranderd.⁴⁴ Carinova bevestigt dat haar marktaandeel eigenlijk gelijk gebleven is.⁴⁵
93. Uit het voorgaande komt naar voren dat Carinova op de relevante markt over een sterke positie beschikt. Andere – aanzienlijk kleinere – partijen oefenen beperkt concurrentiedruk uit.

4.3 Toetredingsmogelijkheden tot de zorgkantoorregio Midden IJssel

94. In voorgaande paragraaf is gebleken dat Carinova binnen de grenzen van zorgkantoorregio Midden IJssel slechts beperkt concurrentiedruk heeft ervaren van partijen die reeds in dat gebied actief waren. Hierdoor wordt van (extra) belang de eventuele disciplinerende werking op Carinova die de concurrentiedruk heeft die wordt uitgeoefend door concurrenten die buiten de zorgkantoorregio Midden IJssel zijn gevestigd. In het onderstaande worden in dat kader de mogelijkheden voor toetreding geschetst, die in de inbreukperiode aan de orde waren.
95. In de eerste plaats worden de mogelijkheden voor nieuwe aanbieders beschreven om toe te treden door middel van een contract met het zorgkantoor Midden IJssel en de ruimte om door te kunnen groeien, nadat zij eenmaal dat contract bij het zorgkantoor hebben verworven.⁴⁶ Daarna worden de mogelijkheden beschreven voor nieuwe aanbieders om toe te treden

⁴² Het zorgkantoor vraagt van deze spelers ook extra korting op de tarieven vanwege de relatieve efficiëntie die dit soort zorg oplevert, in vergelijking met thuiszorg die niet vanuit een intramurale instelling wordt geleverd. Personeel kan van een intramurale instelling goedkoper zorg leveren in de zeer directe omgeving van deze instelling. Er is nauwelijks sprake van reistijd.

⁴³ Voor Midden IJssel gelden de volgende cijfers voor PGB. Voor PV & VP zijn de bestedingen in 2007 circa [20-30]% als percentage van de totale uitgaven van het zorgkantoor Midden IJssel. Voor HV is dat in 2006 circa [0-10]%. In 2004 bedroegen deze percentages circa [0-10]% voor zowel PV & VP als voor HV. De sterke positie van Carinova in de zorgkantoorregio Midden IJssel wordt in de eerste plaats bevestigd door de stijging in het totaal aantal uur geleverde extramurale zorg door Carinova voor zowel HV als PV & VP in Midden IJssel in de loop van de inbreukperiode. Verder komt uit antwoorden van Carinova op vragen van de NMa naar voren dat PGB niet of nauwelijks een aandachtspunt is in het commerciële beleid van Carinova. Zo heeft Carinova verklaard nauwelijks activiteiten te hebben ontplooid gericht op het expliciet werven van cliënten die gebruik maken van een PGB en zij heeft daarnaast geen aanleiding gezien aparte tarieven voor PGB te rekenen. Zie dossiernummers 6274/294 en 6274/239.

⁴⁴ Zie dossiernummer 6274/219, p. 14.

⁴⁵ Zie dossiernummer 6274/219, p. 16.

⁴⁶ Overigens zij opgemerkt dat onderstaande mogelijkheden geen afbreuk doen aan de conclusie ten aanzien van de relevante markten in dit rapport. Voor de afbakening van de relevante markt worden de bronnen van concurrentiedruk bezien die op korte termijn relevant kunnen zijn.

zonder een contract aan te gaan met het zorgkantoor Midden IJssel. Ook wordt ingegaan op de groei van de markt vraag tijdens de periode 2005-2008, alsmede op het belang van het verkrijgen van naamsbekendheid.

Toetredings- en doorgroeimogelijkheden voor nieuwe toetreders via een contract met het zorgkantoor

96. In de eerste plaats is gebleken dat het zorgkantoor Midden IJssel gedurende de periode 2005-2007 vijf nieuwe partijen heeft gecontracteerd. Deze kregen in eerste instantie elk een budget van EUR 50.000 toegekend. Er is aldus het zorgkantoor ook steeds met mogelijke nieuwe aanbieders onderhandeld. Wat betreft de mogelijkheden voor nieuwe toetreders is door het zorgkantoor Midden IJssel daarnaast verklaard dat er in ieder geval in de eerste jaren geen vastomlijnde startbudgetten zijn gehanteerd.⁴⁷ Alhoewel het zorgkantoor van toetreders eist dat zij statutair in de zorgkantorregio gevestigd zijn, heeft zij dit vereiste niet strikt gehanteerd.⁴⁸ Het zorgkantoor verlangt voorts van aanbieders dat zij in de gehele regio (in 'alle uithoeken' van de regio) van het zorgkantoor thuiszorg kunnen leveren.⁴⁹ In de praktijk is, mede gelet op het feit dat in bovenstaande periode ook kleinere partijen zijn toegetreden tot de zorgkantorregio Midden IJssel, gebleken dat dit vereiste geen noemenswaardige drempel vormde om toe te treden tot deze regio. Het contracteerbeleid van het zorgkantoor werd gedurende de inbreukperiode elk jaar als objectief, transparant en non-discriminatoire omschreven in de jaarlijkse beoordeling door de NZa.⁵⁰
97. De startbudgetten voor toetreders zijn in de praktijk verhoudingsgewijs beperkt geweest.⁵¹ Daar staat tegenover dat er volgens het zorgkantoor wel doorgroeimogelijkheden voor nieuwe aanbieders waren, nadat zij eenmaal waren toegetreden. Deze doorgroeimogelijkheden zijn

⁴⁷ Uit het inkoopbeleid voor de jaren 2005 en 2006 blijkt ook dat er geen vastomlijnd contracteerbeleid met een expliciete urengarantie voor zittende aanbieders is opgenomen in het inkoopbeleid van het zorgkantoor Midden IJssel. Voor deze jaren verklaart het zorgkantoor in dit verband aan de NMa: *"De nadruk lag in die jaren op de doelmatigheid en de inspanningen in het kader van het convenant "meer zorg voor hetzelfde budget" (convenant doelmatigheid). In die jaren is in de onderhandelingsfase met instellingen op individueel niveau gekeken naar de wenselijke/noodzakelijke urengarantie. Pas in het inkoopbeleid 2008 is expliciet een urengarantie van 95% opgenomen en in het inkoopbeleid van 2009 een garantie van 90%".*⁴⁷ (Toevoeging NMa: Overigens is deze laatste zin niet geheel correct, aangezien het inkoopbeleid van 2007 wel degelijk spreekt over een volume-garantie van 95%; zie dossiernummer 6274/166). In 2007 kregen die aanbieders een volumegarantie van 95% van de in het voorgaande jaar overeengekomen productieafspraken (in uren). Indien een aanbieder in het voorgaande jaar minder produceerde dan was afgesproken gold de volumegarantie alleen over de daadwerkelijk gerealiseerde productie. Daarbij is van belang op te merken dat de volumegarantie geen gegarandeerde afname door het zorgkantoor betreft. Het is uitsluitend een garantie dat de aanbieder de desbetreffende uren gefinancierd krijgt wanneer deze de uren daadwerkelijk levert. De aanbieder dient er aldus zelf voor te zorgen dat hij deze uren daadwerkelijk realiseert. Het zorgkantoor stuurt de cliënten niet zelf naar de aanbieder.

⁴⁸ Dossiernummer 6274/257 en gespreksverslag NMa-zorgkantoor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292.

⁴⁹ Dossiernummer 6274/292, p.13.

⁵⁰ Dossiernummer 6274/301.

⁵¹ In 2008 bedroeg het startbudget voor een toetreders tot de zorgkantorregio Midden IJssel EUR 50.000; zie gespreksverslag NMa-zorgkantoor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292.

volgens het zorgkantoor Midden IJssel afhankelijk van de prestaties die deze toetreders leveren. Deze prestaties beïnvloeden de onderhandelingen met het zorgkantoor over uitbreidingen van de contracten in een volgend jaar. Goede prestaties leiden dus tot het verkrijgen van een ruimer budget van het zorgkantoor. Het zorgkantoor geeft in dit verband onder meer aan: *"de aanbieders die echt top scoren [NMa: op de gunningscriteria] die komen als eerste in aanmerking voor de groei ruimte en die kunnen hun productievolume uitbreiden."*⁵² *Dat is allemaal onderdeel van het onderhandelingstraject"*⁵³

98. De financiële faciliteringsmogelijkheden van groei blijken verder uit het volgende. Het is mogelijk om gedurende het jaar meer uren te leveren dan contractueel afgesproken en die binnen het jaar waarvoor het contract is aangegaan, toch gefinancierd te krijgen. Dit gebeurt via de tussentijdse herschikkingsrondes (zoals hiervoor vermeld, twee keer per jaar). De herschikkingmogelijkheden zijn echter wel afhankelijk van de budgettaire mogelijkheden die het zorgkantoor heeft.⁵⁴

Toetreding zonder een contract met zorgkantoor Midden IJssel

99. Hieronder volgt een beschrijving van toetredings- en doorgroeimogelijkheden voor aanbieders zonder dat zij een contract aangaan met het zorgkantoor Midden IJssel.
100. Een eerste mogelijkheid in dit verband is dat bovenregionaal (d.w.z. actief in meerdere zorgkantoorregio's) werkende zorgaanbieders via hun eigen zorgkantoor gefinancierde zorg kunnen leveren in Midden IJssel. Een zorgkantoor in wiens regio de zorg wordt verleend maar dat geen contract heeft met de betreffende aanbieder, kan hiervoor budget overhevelen naar het zorgkantoor waarmee de aanbieder wel een overeenkomst heeft gesloten en waar de aanbieder statutair is gevestigd. Er bestaan hiervoor afspraken tussen de zorgkantoren die deze systematiek hanteren indien de activiteiten van een zorgaanbieder in het gebied van Midden IJssel substantieel zijn.⁵⁵
101. Een tweede mogelijkheid is dat bij geringe productievolumes van een zorgaanbieder, een zorgkantoor zonder overheveling zorg kan financieren die in andere zorgkantoorregio's verleend wordt. Het gaat hierbij met name om historisch gegroeide activiteiten in

⁵² Gespreksverslag NMa-zorgkantoor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292.

⁵³ Het voorgaande komt ook naar voren in het antwoord van het zorgkantoor op schriftelijke vragen van de NMa: *"Uitgaande van het geld volgt cliënt principe blijkt cliëntenvoorkeur (en diens gevolge de gerealiseerde productie) het belangrijkste kenmerk voor groei te zijn. Indien zorgaanbieders zich onderscheidend kunnen opstellen in de richting van potentiële zorgvragers neemt het aantal cliënten en daarmee de productierealisatie toe. Dit laatste vertaalt zich in de afspraken die het zorgkantoor vervolgens vastlegt."* (zie dossierstuk 6274/166).

⁵⁴ Schriftelijke verklaring zorgkantoor (dossiernummer 6274/257): *"Gedurende het jaar worden ook deze nieuwe aanbieders betrokken in de herschikkingrondes waarbij over- en onderproductie wordt 'herschikt' tussen zorgaanbieders. Het resultaat van deze herschikking wordt geformaliseerd in de vorm van een aangepaste productie-afpraak richting de NZa. In de afgelopen jaren is er steeds op 15 juli en 15 oktober een aangepaste productie-afpraak gemaakt. De mate waarin dan groei/overproductie kon worden gecompenseerd was echter afhankelijk van de mogelijkheden binnen het regiobudget (dus geen garantie)."*

⁵⁵ Gespreksverslag NMa-zorgkantoor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292.

randgemeentes van aanpalende zorgkantoorregio's. Zorgkantoren gaan ervan uit dat kleine volumes verleend in randgebieden van andere zorgkantoorregio's onderling uitmiddelen en willen de administratieve lasten van overheveling van de vergoedingen voor kleine volumes vermijden.

102. Het zorgkantoor Midden IJssel heeft diverse keren tegenover de NMa verklaard dat deze mogelijkheden bestaan.⁵⁶ Ook richting de NZa heeft het zorgkantoor Midden IJssel over deze mogelijkheden gerapporteerd, in het kader van de toetredingsmogelijkheden voor nieuwe aanbieders.⁵⁷ Daarbij is gebleken dat budgetoverhevelingsafspraken in ieder geval zijn vastgelegd in een convenant tussen Zorgverzekeraars Nederland, VWS en het College voor Zorgverzekeringen (CVZ).⁵⁸
103. Nieuwe aanbieders kunnen tot slot beginnen met een aanbod voor houders van een PGB. Ook dit is een mogelijkheid om toe te treden zonder een contract met het zorgkantoor. Deze mogelijkheid wordt door het zorgkantoor in het kader van een lange termijn strategie voor toetreding en doorgroei gepresenteerd.⁵⁹

Groei van de marktvraag in Midden IJssel

104. Tot slot is het van belang dat de vanuit de AWBZ gefinancierde marktvraag naar thuiszorg in de regio Midden IJssel gedurende de periode 2005-2007 is gegroeid. Zo is bijvoorbeeld de vraag naar zorg in natura voor HV gemeten in uren in 2006 ten opzichte van 2005 gegroeid met circa 9%. Voor PV & VP (wederom zorg in natura) is de marktvraag in de periode 2005-2007 in totaal met ruim 11% gegroeid.⁶⁰ Deze (ruime) groei van de marktvraag vergemakkelijkt de hierboven beschreven toetredings- en doorgroeimogelijkheden vanuit de financieringssystematiek van de AWBZ met of zonder een contract met het zorgkantoor.

Verkrijgen naamsbekendheid

105. Uit diverse verklaringen van aanbieders van thuiszorg en van het zorgkantoor Midden IJssel volgt dat een succesvolle toetreding van een thuiszorgverlener tot de regio Midden IJssel met name afhangt van het verkrijgen van naamsbekendheid, alsmede van het verkrijgen van toegang tot het 'netwerk van doorverwijzers' (huisartsen en ziekenhuizen).⁶¹

⁵⁶ Gespreksverslag NMa-zorgkantoor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292 en schriftelijke reactie van zorgkantoor op het verslag van het gesprek d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/257.

⁵⁷ Dossiernummer 6274/301.

⁵⁸ Convenant zorgkantoren 2006-2008, p.7; Staatscourant 3 april 2006, nr.66.

⁵⁹ Aldus het zorgkantoor in dossiernummer 6274/301: "*Nieuwe aanbieders beginnen vaak met aanbod voor PGB-ers. Als ze in dat segment groeien, komt wellicht het moment waarop ze voor natura zorg gaan kiezen naast of in plaats van hun PGB zorg. Contacten met cliënten en verwijzers zijn er dan al lang*".

⁶⁰ Zie dossiernummer 6274/294.

⁶¹ Zie dossiernummers 6274/292 en 6274/293.

Tussenconclusie toetredingsmogelijkheden in Midden IJssel

106. Alhoewel het, met name gelet op de relatief geringe, door het zorgkantoor Midden IJssel toegekende startbudgetten, alsmede op het belang van het verkrijgen van voldoende naamsbekendheid in Midden IJssel, voor toetreders niet gemakkelijk was om binnen korte tijd een substantieel marktaandeel op de AWBZ thuiszorgmarkten in Midden IJssel te verkrijgen, volgt uit het vorenstaande dat er, bezien over de hele periode 2005-2007, sprake was van reële toetredings- en doorgroeimogelijkheden voor nieuwe concurrenten in Midden IJssel. Dit volgt met name uit het inkoopbeleid van het zorgkantoor Midden IJssel en de marktomstandigheden in deze regio. In de praktijk is gebleken dat toetreding tot deze regio ook daadwerkelijk plaatsvond: er zijn in deze periode immers in totaal vijf nieuwe partijen die een contract met het zorgkantoor hebben verworven.

4.4 Potentiële concurrenten

107. In deze paragraaf worden de potentiële concurrenten die gedurende de inbreukperiode concurrentiedruk konden uitoefenen op de zittende aanbieders in de zorgkantoorregio Midden IJssel, en Carinova in het bijzonder, geïdentificeerd. De NMa heeft vervolgens onderzocht welke partijen als belangrijke potentiële concurrent van Carinova konden worden aangemerkt. Hiertoe is onderzocht aan welke kenmerken een dergelijke partij moet voldoen, om concurrentiedruk uit te kunnen oefenen op Carinova. Op deze kenmerken wordt in het onderstaande allereerst ingegaan.

4.4.1 Nabijheid aanbieder

108. In de eerste plaats is uit het onderzoek van de NMa gebleken dat de potentiële concurrenten zich in of in de nabijheid van de zorgkantoorregio Midden IJssel bevinden. Dit is in lijn met eerdere beoordelingen van de NMa in besluiten betreffende het concentratietoezicht.⁶²
109. Uit informatie van het zorgkantoor Midden IJssel volgt dat in de periode 2005 tot en met 2007 vijf partijen een contract met het zorgkantoor hebben gekregen. Het betreft vier overeenkomsten voor partijen uit een aan Midden IJssel grenzende zorgkantoorregio en één overeenkomst voor een partij uit een niet-aangrenzende zorgkantoorregio.⁶³ Laatstgenoemde partij heeft in deze periode in de regio Midden IJssel echter geen productie gerealiseerd.
110. Thuiszorgaanbieders in de directe nabijheid van de zorgkantoorregio Midden IJssel bevestigen dat eerder concurrentie is te verwachten van spelers die in de nabijheid actief zijn, dan van verder weg gevestigde spelers.⁶⁴ Een meerderheid van deze thuiszorgaanbieders geeft aan dat toetreding vanuit een aanpalend gebied eenvoudiger is, vanwege de bestaande infrastructuur en personeel die hierbij gebruikt kunnen worden. Er kan dan eenvoudiger worden uitgerold.

⁶² Zie hiervoor onder meer het besluit in zaak 4295/ *Stichting Icare - Sensire - Thuiszorg Groningen* d.d. 31 december 2004.

⁶³ Voor de gegevens uit het empirisch onderzoek, zie dossiernummer 6274/166.

⁶⁴ Zie bijlage bij dossiernummer 6274/293.

Een aantal van deze thuiszorgaanbieders geeft hierbij ook aan dat een aanbieder uit een aanpalend gebied over het algemeen meer naamsbekendheid zal genieten dan aanbieders uit verder weg gelegen gebieden. Ook het zorgkantoor bevestigt dit in een interview met de NMa.⁶⁵ In de onderhavige zaak wordt uit het voorgaande afgeleid dat partijen uit aangrenzende gebieden – hoewel voor hen investeringen in naamsbekendheid ook een toetredingsdrempel zijn – minder problemen zullen ondervinden bij het uiteindelijk slechten van deze toetredingsdrempels dan partijen uit verder weg gelegen gebieden.

4.4.2 Grootte van de aanbieder

111. Uit het onderzoek komt verder naar voren dat ook de grootte van de aanbieder van belang is. Uit het onderzoek blijkt dat grote aanbieders in vergelijking met kleine partijen over het algemeen meer gereede concurrenten zijn als zij eenmaal op de markt zijn toegetreden. Dit blijkt onder meer uit de eerder aangehaalde interviews⁶⁶ met aanbieders die gevestigd zijn in de directe nabijheid van de zorgkantoorregio Midden IJssel. Alle ondervraagden geven aan dat een succesvolle toetreding voor AWBZ gefinancierde thuiszorgdiensten staat of valt met de naamsbekendheid die een aanbieder in een nieuw te betreden gebied heeft. Een meerderheid geeft aan dat het voor het krijgen of vergroten van naamsbekendheid van belang is over financiële middelen en reserves te beschikken, waardoor de grotere aanbieders een voordeel hebben. Door enkele respondenten wordt tevens opgemerkt dat aanbieders die meerdere vormen van zorg aanbieden een grotere bekendheid hebben bij cliënten en verwijzers. Ook hierdoor hebben grotere aanbieders over het algemeen een grotere bekendheid en daarmee een voordeel ten opzichte van kleinere aanbieders.
112. Ook het zorgkantoor Midden IJssel bevestigt dat grootte een positieve invloed heeft op de kansen van toetreders. Op de vraag van de NMa of grootte een voordeel is bij toetreding antwoordde het zorgkantoor: *“ Zij (toelichting NMa: bedoeld wordt grote ondernemers) kunnen meer risico nemen en zij kunnen beter in een nieuwe regio investeren. Zij kunnen besluiten om alvast in een regio te gaan zitten, met een steunpunt, en als klanten dan niet zo snel komen, dan houden zij het wel langer vol. Die ervaring, die hebben we hier in de regio ook. We hebben een zorgaanbieder uit het Twentse die onlangs een kantoor heeft geopend, Carint. In feite leveren zij nog niet zo veel zorg hier in de regio, maar dat komt wel. Zij positioneren zich nadrukkelijk nu in netwerken en met advertenties verwerven ze naamsbekendheid. Dus het kan wel.”*⁶⁷
113. Een ander voordeel voor grote aanbieders hangt samen met de eisen die gesteld worden door het zorgkantoor, bijvoorbeeld de eis dat een aanbieder in de gehele zorgkantoorregio zorg moet kunnen aanbieden of nachtzorg kan leveren. Door het zorgkantoor Midden IJssel is in dit verband aangegeven dat aanbieders (met uitzondering van intramurale spelers) geacht

⁶⁵ Zie gespreksverslag NMa-zorgkantoor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292. Het zorgkantoor geeft in het interview aan dat aanbieders uit aangrenzende regio's tijdens concurrentie op de markt (dus nadat ze eenmaal zijn toegetreden) een grotere kans hebben te profiteren van naamsbekendheid.

⁶⁶ Zie bijlage bij dossiernummer 6274/293.

⁶⁷ Gespreksverslag NMa-zorgkantoor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292.

worden in de hele regio te kunnen leveren.⁶⁸ Wordt specifiek naar het inschrijfgedrag en contractering van partijen tijdens de periode 2005-2007 gekeken, dan blijkt bovendien dat de verhoudingsgewijs grootste contracten die met nieuwe partijen zijn afgesloten, grote aanbieders betreffen.⁶⁹

4.4.3 Tussenconclusie kenmerken potentiële concurrenten

114. Gelet op het voorgaande concludeert de Raad dat concurrentiedruk in de zorgkantorregio Midden IJssel voornamelijk wordt uitgeoefend door partijen die (1) "groot" zijn⁷⁰ en (2) gevestigd zijn in de nabijheid van de zorgkantorregio.

4.4.4 Potentiële concurrenten zorgkantorregio Midden IJssel

115. De zorgkantorregio Midden IJssel grenst in het noorden aan de zorgkantorregio Zwolle, in het oosten aan de zorgkantorregio Twente en in het zuidwesten aan de zorgkantorregio Apeldoorn-Zutphen. De met Carinova vergelijkbare 'grotere' thuiszorgverleners in deze aangrenzende zorgkantorregio's zijn Stichting Icare in Zwolle (hierna: Icare), Stichting Sensire (hierna: Sensire) en Stichting Vérian (hierna Vérian) in de zorgkantorregio Apeldoorn-Zutphen, en Carint en Thuiszorg Noord West Twente in de zorgkantorregio Twente.
116. Als het totaal van de productie van deze partijen in de aan Midden IJssel omliggende zorgkantorregio's in ogenschouw wordt genomen, komt –voor zorg in natura –gemiddeld over de periode 2005-2007 het volgende beeld naar voren⁷¹:

HV	Aandeel op totale uren van geïdentificeerde potentiële concurrenten		
	2005	2006	Gemiddeld
Carint ⁷²	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Icare	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Vérian	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Sensire	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
TNWT	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Totaal	100%	100%	100%

⁶⁸ Gespreksverslag NMa-zorgkantor Midden IJssel, d.d. 6 januari 2009, dossiernummer 6274/292.

⁶⁹ Het betreft in 2007 overeenkomsten met Vérian en Sensire, zie hiervoor dossierstuk 6274/166. Het feit dat deze overeenkomsten in relatie tot de totale marktomvang van het zorgkantor Midden IJssel klein zijn doet niet af aan deze conclusie. Dat laatste is toe te schrijven aan de verhoudingsgewijs kleine startbudgetten die het zorgkantor uitgeeft.

⁷⁰ Onder 'grote' spelers wordt verstaan spelers die in hun thuisregio's beeldbepalende spelers zijn.

⁷¹ Dossiernummer 6274/294.

⁷² Vanaf 2006 is dit voor Carint inclusief de cijfers van Reggeland vanwege de fusie in 2006.

PV & VP	Aandeel op totale uren van geïdentificeerde potentiële concurrenten			
	2005	2006	2007	Gemiddeld
Carint ⁷³	[20-30]%	[30-40%]	[20-30]%	[20-30]%
Icare	[30-40]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Vérian	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Sensire	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
TNWT	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Totaal	100%	100%	100%	100%

117. Uit het voorgaande volgt dat – in volume gemeten – met betrekking tot HV Carint, Icare en Vérian de grootste spelers zijn in de aan Midden IJssel grenzende regio's en dat met betrekking tot PV & VP Carint en Icare de grootste spelers zijn in deze regio's. Meer specifiek blijkt uit deze cijfers dat Carint (ten gevolge van de fusie met Reggeland) in 2006 met betrekking tot HV en in 2006 en 2007 met betrekking tot PV & VP het grootste aandeel (wat betreft verleende uren) van de grootste spelers had in de aan Middel IJssel grenzende werkgebieden.
118. Carinova heeft vanaf 2005 met Vérian en vanaf 2007 tevens met TNWT fusiebesprekingen gevoerd. Uiteindelijk heeft de Raad op 26 februari 2008 een melding ontvangen van een voorgenomen fusie tussen Stichting Carinova Leiboorn Groep, Stichting ZorgAccent & Thuiszorg Noord West Twente, Stichting Sutfene en Stichting Vérian.⁷⁴ Vérian en Sensire hebben in 2007 een contract met het zorgkantoor Midden IJssel gekregen voor het leveren van PV & VP in deze regio. Vérian heeft reeds in datzelfde jaar - op beperkte schaal - PV & VP geleverd in deze regio. Icare is nimmer toegetreden tot de regio Midden IJssel (en heeft hiertoe ook geen poging ondernomen⁷⁵).
119. Carint is actief in de regio Twente in een gebied dat grenst aan de zorgkantoorregio Midden IJssel. Haar activiteiten worden (hoofdzakelijk) gefinancierd door het zorgkantoor Twente (Menzis). Meer specifiek was Carint, voor zover hier van belang in 2005 en in opvolgende jaren, in de gemeente Hof van Twente actief. Deze gemeente grenst direct aan het gebied waar Carinova van oudsher actief is, te weten de voormalige gemeente Holten.⁷⁶ Na de fusie met Stichting Reggeland Zorgvoorzieners werd Carint in 2006 bovendien eveneens in Rijssen actief, een plaats die op ongeveer 10 kilometer afstand van Holten gelegen is. De activiteiten

⁷³ Vanaf 2006 is dit voor Carint inclusief de cijfers van Reggeland vanwege de fusie in 2006.

⁷⁴ Zie het NMa besluit van 14 juli 2008 in zaak 6320 / *ZorgAccent & Thuiszorg Noord West Twente – Sutfene – Carinova Leiboorn – Vérian*, randnummer 1.

⁷⁵ Zie gespreksverslag NMa-Zorgkantoor Midden IJssel, documentnummer 6274/292.

⁷⁶ Deze gemeente is reeds in 2001 samengevoegd met de gemeente Rijssen tot de gemeente Rijssen-Holten, zie www.rijssen-holten.nl. Vanaf 2006-2007 werd de boventrendmatige groei van de activiteiten van Carinova in de gemeente Rijssen-Holten door het zorgkantoor Twente gefinancierd, zie e-mail van dhr. [...] van zorgkantoor Midden IJssel, dossiernummer 6274/259.

van Carinova in Holten werden ook na de gemeentelijke samenvoeging met de gemeente Rijssen voor lange tijd volledig door het zorgkantoor Midden IJssel gefinancierd.

120. Wat betreft de omvang van Carint geldt voor HV dat Carint, in aantallen uren gemeten in de jaren 2005 en 2006 voor deze dienst aanzienlijk groter was dan Carinova.⁷⁷ Voor PV & VP geldt deze zelfde conclusie voor de onderzoeksjaren 2005 tot en met 2007.⁷⁸ Het marktaandeel HV van Carint in de zorgkantoorregio Twente is gedurende de inbreukperiode toegenomen, mede door de fusie met Reggeland, van ongeveer [25-35]% naar ruim [30-40]%.⁷⁹ Het aandeel PV & VP loopt in de inbreukperiode op van circa [30-40]% in 2005 naar ruim [30-40]% in 2007.⁸⁰
121. Uit het voorgaande volgt, voor zover hier van belang, dat Carint gedurende de periode 2005-2007 een substantiële omvang had met het verlenen van thuiszorg in een regio die (aan de oostkant van de zorgkantoorregio Midden IJssel) grenst aan het werkgebied van Carinova.

Zienswijzen betrokken ondernemingen toetredingsmogelijkheden en potentiële concurrentie

122. Carint en Carinova stellen beide dat in de jaren 2005 en 2006 onvoldoende toetredingsmogelijkheden bestonden tot de regio Midden IJssel. Carinova stelt dat het inkoopbeleid van het zorgkantoor Midden IJssel voor 2005 en 2006 nieuwe aanbieders juist ontmoedigde om toe te treden tot de regio Midden IJssel. Zo stelt het zorgkantoor als voorwaarde voor een contract dat een zorgaanbieder in de regio gevestigd is. Volgens Carinova werden de facto uitsluitend 'nieuwe' toetreders toegelaten die al wel voldoende substantiële activiteiten in de regio hadden ontplooid. Carint stelt dat het inkoopbeleid zich beperkte tot de al in de regio gevestigde spelers. Voorts was de financiële groeiruimte in 2005 beperkt, waardoor niet alle (uitbreidings)initiatieven van zorgverleners gehonoreerd konden worden. Carinova en Carint wijzen er beide op dat toetreders bovendien van het zorgkantoor Midden IJssel een beperkt budget (EUR 50.000) toegekend kregen. Hiernaast vormde in deze jaren budgetoverheveling een drempel voor zorgverlening in een andere regio. Bovendien zouden zorgverleners nauwelijks zorg aan PGB-houders leveren. De groei van de behoefte aan thuiszorg in Midden IJssel zou voornamelijk Carinova ten goede komen vanwege haar uitstekende dienstverlening en naamsbekendheid. Carint stelt dat zij, door de afstand van haar werkgebied tot Midden IJssel, geen naamsbekendheid in deze regio had. Ten slotte is van belang dat nabijgelegen zorgaanbieders aanzienlijk in naamsbekendheid in een nieuwe regio dienen te investeren, zodat ook dit een serieuze toetredingsdrempel vormt. Volgens Carint en Carinova belemmeren voorgaande drempels toetreding tot de AWBZ regio Midden IJssel. Carint stelt dat zij niet als potentiële concurrent in Midden IJssel kan worden beschouwd.

⁷⁷ Berekend op basis van CAK gegevens, dossiernummer 6274/294.

⁷⁸ Berekend op basis van CAK gegevens, dossiernummer 6274/294.

⁷⁹ Dossiernummer 6274/294.

⁸⁰ Dossiernummer 6274/294.

123. De Raad volgt de betrokken ondernemingen in hun zienswijze niet. Allereerst kan de eis van het zorgkantoor dat een aanbieder in de regio Midden IJssel gevestigd moet zijn voor een grotere speler niet als een serieuze toetredingsdrempel worden beschouwd. Aan de vestiging zelf werden door het zorgkantoor namelijk geen verdere eisen gesteld. Gelet op het feit dat diverse spelers daadwerkelijk zijn toegetreden, blijkt ook in de praktijk dat deze eis niet toetredingsbelemmerend heeft gewerkt. Een grotere speler als Carint moet zonder meer in staat worden geacht in Midden IJssel een vestiging te openen.
124. Het standpunt van Carinova en Carint dat het inkoopbeleid van het zorgkantoor Midden IJssel zich beperkte tot de al in de regio gevestigde spelers en de facto uitsluitend 'nieuwe' toetreders toegelaten werden die al voldoende substantiële activiteiten in de regio hadden ontplooid, is feitelijk onjuist. Allereerst blijkt uit het inkoopbeleid van het zorgkantoor Midden IJssel over de jaren 2005-2007 dat een instelling (slechts) gevestigd diende te zijn in de regio Midden IJssel om voor een contract in aanmerking te komen; het was geen vereiste dat de instelling reeds in de regio actief was.⁸¹ In de praktijk is ook gebleken dat in deze jaren diverse spelers tot deze zorgkantoorroegio zijn toegelaten die voorheen nog niet in de regio Midden IJssel actief waren, zoals Vèrian (uit Apeldoorn), Sensire (uit Terborg), Stichting Zozijn (uit Twello/Wilp), Interakt Contour (uit Nunspeet) en Stichting Humanitas DMH (uit Nieuwegein).⁸²
125. Alhoewel het juist is dat toetreders van het zorgkantoor Midden IJssel een beperkt budget (EUR 50.000) toegekend kregen, en het om die reden voor een toetreders niet mogelijk lijkt om 'onmiddellijk' een verhoudingsgewijs groot aantal klanten te bedienen en aldus binnen korte termijn een groot marktaandeel in Midden IJssel te krijgen, is niet gebleken dat het (aanvankelijk) toegewezen krijgen van een relatief beperkt budget een toetredingsdrempel is of potentiële toetreders ervan weerhoudt om toe te treden. Veelzeggend in dit verband zijn de volgende uitspraken van het zorgkantoor Midden IJssel, dat bij uitstek een overzicht heeft van toetreders, de aan hen toegekende budgetten en welke toetreders het hierna 'goed' of 'slecht' doen:

'Vraag NMa: Komt het wel eens voor dat tijdens die onderhandelingen een partij dat wilde toetreden zegt dat ze niet meer geïnteresseerd zijn als het alleen maar met zo'n klein budget zou kunnen?'

Antwoord: Nee, ze zeggen dan dat ze ermee akkoord gaan, maar ik kan me wel voorstellen dat het bij sommige aanbieders zich wel terugvertaalt in de mate waarin ze zich naderhand inspanssen of bereid zijn te investeren in de regio. Maar ik heb geen signalen gekregen dat dit een reden zou zijn voor een partij om helemaal niet te willen toetreden.'

⁸¹ Contracteerbeleid extramurale zorg in 2005 en Beleid zorginkoop en contractering 2006 en 2007 Zorgkantoor Midden IJssel, 6274/166.

⁸² Documentnummer 6274/166.

*'En een voorbeeld dat het wel kan is Carint. Zij hebben de geboden ruimte aangegrepen en zijn gaan investeren in de regio. Zij hebben ook de tijd genomen. Ze hebben een plan waarin ze uiteengezet hebben hoe ze van plan zijn om in 2 a 3 jaar voet aan de grond te krijgen. Ze investeren nu ook in het ontwikkelen van netwerken. Uiteindelijk komt de klant ook. Zij hebben ook een startbudget van EUR 50.000 gekregen, maar ze leveren ook zorg voor dat budget. Ik heb dan ook niet de indruk dat de startbudgetten een belemmering zijn voor de toetreding van nieuwe aanbieders.'*⁸³

126. De Raad volgt Carint eveneens niet in haar stelling dat zij, door de afstand van haar werkgebied tot Midden IJssel, geen naamsbekendheid in deze regio had en dat aanzienlijke investeringen in naamsbekendheid in deze regio voor haar een serieuze toetredingsdrempel vormden. Allereerst is van belang dat, zoals hiervoor weergegeven, het werkgebied van Carint in 2005 aan de westelijke zijde reikte tot de plaats Hof van Twente. Deze plaats ligt op ongeveer 15 kilometer afstand van Holten, de meest oostelijke plaats in de zorgkantoorregio Midden IJssel waarin Carinova ook actief was. Uit meerdere verklaringen volgt dat (grotere) aanbieders over het algemeen naamsbekendheid hebben in omliggende gemeenten c.q. een aangrenzende regio.⁸⁴ Eén thuiszorgverlener heeft verklaard dat een zorgaanbieder in een straal van ongeveer 30 kilometer wel bekend is bij cliënten 'via lokale en regionale kranten'.⁸⁵ De heer [...] van Carint heeft overigens zelf met betrekking tot toetredingsdrempels tot (het aanbieden van PV & VP in) een andere regio verklaard: '*Aanbieders uit een aangrenzende regio kunnen iets voordeel hebben als het gaat om naamsbekendheid.*'⁸⁶
127. Gebaseerd op het voorgaande, dient naar het oordeel van de Raad te worden aangenomen dat Carint in 2005 en latere jaren (enige) naamsbekendheid in ten minste het oostelijke gedeelte van de zorgkantoorregio Midden IJssel had. Niet aannemelijk is dat zij (nog) aanzienlijke investeringen in naamsbekendheid had moeten doen en dat dit aldus voor haar een relevante toetredingsdrempel tot de zorgkantoorregio Midden IJssel was. Zelfs in geval een serieuze investering in naamsbekendheid (bijvoorbeeld een advertentiecampaignede gehele regio Midden IJssel) voor een succesvolle toetreding noodzakelijk zou zijn geweest, kan dit voor een (financieel) grote thuiszorginstelling als Carint niet als een relevante toetredingsdrempel worden beschouwd. Hierbij is mede van belang dat de heer [...] van Carint heeft verklaard dat Carint voor Carinova een bedreiging vormde.⁸⁷

⁸³ Verslag gesprek NMa-Zorgkantoor Midden IJssel, 6274/292, p. 16 en 17.

⁸⁴ Verklaringen van de heer [...] van Livio, de heer [...] van Trimenzo en de heer [...] van De Nieuwe Zorg Thuis, opgenomen onder dossiernummer 6274/293.

⁸⁵ Verklaring van de heer [...] van Beweging 3.0, opgenomen onder dossiernummer 6274/293.

⁸⁶ Dossiernummer 6274/293.

⁸⁷ Verklaring van de heer [...], bijlage bij documentnummer 6274/256, p.9.

Conclusie

128. Uit het voorgaande concludeert de Raad dat Carint gedurende de periode 2005-2008 een grote potentiële concurrent was van Carinova, met name gelet op de substantiële omvang die zij had met het verlenen van thuiszorg in een regio die grenst aan het werkgebied van Carinova in de zorgkantorregio Midden IJssel. Alhoewel meerdere drempels bestonden voor een thuiszorgverlener voor toetreding tot de zorgkantorregio Midden IJssel, in het bijzonder het beperkte startbudget voor toetreders en het verkrijgen van naamsbekendheid in de gehele regio Midden IJssel, waren deze - in ieder geval voor Carint - niet zodanig dat toetreding en verdere groei na toetreding niet mogelijk (of economisch niet realistisch) was, waardoor Carint in 2005 en latere jaren niet als een grote potentiële concurrent van Carinova beschouwd kon worden. Dat in de praktijk gebleken is dat de groei van de behoefte aan thuiszorg in Midden IJssel voornamelijk Carinova ten goede is gekomen, doet aan het voorgaande niet af.

5 FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN M.B.T. GEDRAGINGEN PARTIJEN

129. Hieronder worden de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vermeld die de Raad op basis van het rapport, het dossier en de zienswijzen van de betrokken ondernemingen vaststelt en die de basis vormen voor de juridische beoordeling van dit besluit. Om de afspraken tussen de betrokken ondernemingen op een juiste manier te kunnen duiden, is de context waarin de afspraken zijn gemaakt, relevant. Om deze reden wordt eerst ingegaan op de voorgeschiedenis van een samenwerkingsverband (onder de naam 'Plectrum') van grotere thuiszorginstellingen in Nederland dat in 2004 tot stand kwam.

5.1 Plectrum

130. In 2004 onderzoeken een aantal grotere thuiszorgaanbieders, waaronder Carint, samenwerkingsmogelijkheden om nieuwe marktomstandigheden, specifiek de verwachte dreiging van toenemende concurrentie door (concentraties tussen) grotere thuiszorginstellingen, het hoofd te bieden. Het verslag van een management vergadering (DMO) van Carinova van 16 juni 2004 vermeldt over deze periode:

*'De samenwerking tussen Sensire en Icare neemt steeds grotere vormen aan, Carinova is niet door hen benaderd; een aantal overblijvende organisaties gaan nu ook met elkaar om tafel om te kijken of een alliantie opgericht kan worden als tegenhanger van het Sensire/Icare concept.'*⁸⁸

131. In juni 2004 wordt door negen thuiszorgaanbieders, te weten: Carint, Stichting De Vierstroom, Stichting De Zorgring, Stichting Florence, Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland, Stichting Thuiszorg Midden-Gelderland, Stichting Thebe, Stichting Thuiszorg Eindhoven Kempenstreek en Stichting Vivent, een samenwerkingsverband met de werknaam de Groene

⁸⁸ Stempelnummer 62741234300421, onder 5.18.

Alliantie opgericht. Tijdens een vergadering van 18 januari 2005 is besloten dat het samenwerkingsverband onder de naam Plectrum verder gaat.⁸⁹

132. De heer [...], toenmalig bestuurder van Carint, was vanaf de oprichting van de Groene Alliantie in 2004 tot in mei 2006 voorzitter van het samenwerkingsverband. Over de context waarin Plectrum is ontstaan, verklaarde de heer [...] het volgende:

*'Organisaties die in het verleden gewoon samenwerkten, hadden van oudsher een bepaald werkgebied. Dat werd opgeheven. Dat is natuurlijk een kolossale verandering en hoe ga je dan vervolgens met je collega's om? Ik trek het even breder, je zag toen gedrag van dat het één het ander uitsloot. Je concurreert of je werkt samen. Concurreeren betekent dan ook dat je geen woord meer met elkaar wisselt. In het verleden was de samenwerking: open lijnen, ervaring en kennis werden gewoon uitgewisseld. Je had ook geen dreiging van elkaar, omdat het budget gekoppeld was aan het werkgebied. Er was een zekere behoedzaamheid, soms zelfs vrees, angst, ik geef het even dat soort woorden, van wat gaan mijn belerende collega's doen. Dringen die mijn perceel binnen?, even in de oude terminologie. Want die lijn klopt op dat moment natuurlijk helemaal niet meer. Wat kan ik daarvan verwachten? Er was veel gedrag van, wat gebeurt er rond positionering, rond eventuele toetreding tot andere werkgebieden. In dat krachtenspel ontstonden die grootschalige fusieorganisaties, zo is ook Plectrum ontstaan. In die beweging was het voor bestuurders belangrijk dat ze niet in een soort van geïsoleerde positie terecht kwamen en ze een stukje samenspel konden vinden om die markt zo goed mogelijk te bedienen.'*⁹⁰

133. Carinova werd door Carint al in een vroeg stadium gevraagd om tot de Groene Alliantie toe te treden. Dit blijkt uit de verklaring van de heer [...].⁹¹ Het verslag van de vergadering van de Raad van Toezicht van Carinova van 21 december 2004 vermeldt hierover: *'Carinova is uitgenodigd aan te schuiven bij de Groene Alliantie; een overleg van 12 a 13 thuiszorginstellingen die tegenwicht bieden tegen Icare en Sensire'*.⁹²

134. Carinova is in januari 2005 toegetreden tot het samenwerkingsverband.⁹³ De heer [...] (toenmalig bestuurder Carinova) verklaart daarover: *"[...] Ik weet wel precies: Groene Alliantie werd Plectrum en toen ben ik in feite door een x-aantal mensen vanuit Plectrum benaderd of ik ook aan tafel wilde komen voor dat Plectrumverhaal. (...) Ik ben benaderd door de heer [...] van Carint."*⁹⁴ Op 18 januari 2005 neemt de heer [...] van Carinova voor de eerste keer deel aan een vergadering van Groene Alliantie/Plectrum.⁹⁵

⁸⁹ Stempelnummer 62741234300691. Plectrum is echter pas per 15 mei 2006 in het handelsregister van de Kamer van Koophandel ingeschreven als Coöperatieve Vereniging.

⁹⁰ Verklaring van de heer [...] d.d. 29 januari 2009, bijlage bij verslag van ambtshandelingen 6274/256. p. 3.

⁹¹ Verklaring van de heer [...] d.d. 29 januari 2009, bijlage bij verslag van ambtshandelingen 6274/256. p. 4.

⁹² Stempelnummer 62741234300135.

⁹³ Stempelnummer 62741234300689.

⁹⁴ Verklaring van de heer [...] d.d. 03-12-2008, bijlage bij verslag van ambtshandelingen 6274/191. p. 4.

⁹⁵ Stempelnummer 62741234300689.

135. De leden van Plectrum waren voornemens om op diverse punten met elkaar samen te werken. Dit volgt uit een door de leden ondertekende intentieverklaring gedateerd 29 april 2005 waarin is vermeld dat de leden 'de motivatie' hebben om:

- een krachtige positie in de contractering van zorgverzekeraars en andere relevante (institutionele) partijen te realiseren*
- een concurrentiepositie van betekenis te creëren ten opzichte van bovenregionale/landelijk werkende concurrenten*
- gezamenlijk te investeren en te innoveren om kosten te kunnen delen*
- kennis te bundelen*
- onder behoud van een lokale en regionale profilering⁹⁶*

5.2 Het non-concurrentiebeding

136. In deze paragraaf zullen de in het onderhavige dossier opgenomen documenten (in chronologische volgorde) worden beschreven die verband houden met het door de leden van Plectrum overeengekomen non-concurrentiebeding. Uit deze stukken blijkt op welke wijze het non-concurrentiebeding tot stand kwam, wat het beding inhield, alsmede de (nadere) afspraken en overleggen die hierover in de loop van de tijd werden gemaakt c.q. gevoerd.
137. In het voorjaar van 2005 wordt in het kader van Plectrum gesproken over het beperken van de concurrentie tussen de leden van het samenwerkingsverband door middel van een non-concurrentiebeding. Zo vermelden de notulen van een vergadering van Plectrum van 29 april 2005 (waarbij Carint en Carinova niet aanwezig waren):

'Concurrentie kan niet binnen Plectrum'.⁹⁷

138. Op dezelfde dag stelt de stuurgroep van Plectrum, waarvan de heer [...] van Carint deel uit maakte⁹⁸, een memo aan de leden van Plectrum op waarin wordt ingegaan op de toelatingscriteria voor nieuwe leden van Plectrum. Onder het kopje '*Grootte van het werkgebied*' vermeldt de memo:

'Criterium: het werkgebied van een kandidaat-lid omvat minimaal 500.000 inwoners en garandeert daar de levering van een aanbod wonen, welzijn en zorg.

Achtergrond: om als Plectrum landelijk enige betekenis te creëren moet worden gestreefd naar een landelijke spreiding van werkgebieden met enige omvang. Per lid wordt het werkgebied nader gedefinieerd. Binnen het werkgebied kan dan met andere aanbieders eventueel een onderaannemerschap voor de uitvoering van Plectrumcontracten worden afgesproken. Er geldt een

⁹⁶ Stempelnummer 62741134301399.

⁹⁷ Stempelnummer 61090000510803.

⁹⁸ Besluiten- & Actiepuntenlijst van de Groene Alliantie van 22 november 2004, p.3; stempelnummer 62741134300543.

non concurrentiebeding tussen de leden. Alleen als een lid akkoord gaat met een concurrerend aanbod van een mede-lid in zijn werkgebied is ontheffing mogelijk [onderstreping NMa].⁹⁹

139. Deze door de stuurgroep van Plectrum voorgestane regel wordt door Carinova aangehaald in een verslag van een managementoverleg 'DMO' van 1 juni 2005:

*'88: concurrentie binnen Plectrum. Wanneer door andere samenwerkingsverbanden blijkt dat er concurrentie plaatsvindt tussen Plectrum leden, heeft de partij die last heeft van de concurrentie een veto recht.'*¹⁰⁰

140. Op de vergadering van Plectrum van 23 juni 2005, waarbij zowel Carint als Carinova aanwezig zijn, komt het non-concurrentiebeding wederom ter sprake:

*'Afgesproken wordt dat per lid het werkgebied gedefinieerd wordt, dit houdt dan tevens een leveringsplicht in. Er geldt dan een non-concurrentiebeding, tenzij beide betrokken partijen hiervoor hun goedkeuring verlenen.'*¹⁰¹

141. Op 2 december 2005 worden de toelatingscriteria voor nieuwe (kandidaat)leden van Plectrum vastgesteld. In dit kader wordt - onder het kopje '*Grootte van het contracteergebied*' - wederom vastgesteld dat een non-concurrentiebeding tussen de leden van Plectrum geldt:

*'Achtergrond: om als Plectrum landelijk enige betekenis te creëren moet worden gestreefd naar een landelijke spreiding van contracteergebieden met enige omvang. Per lid wordt het contracteergebied nader gedefinieerd. Binnen het contracteergebied kan dan met andere aanbieders eventueel een onderaannemerschap voor de uitvoering van Plectrumcontracten worden afgesproken. Er geldt een non-concurrentiebeding tussen de leden. Alleen als een lid akkoord gaat met een concurrerend aanbod van een mede-lid in zijn contracteergebied is ontheffing mogelijk. Hiertoe wordt het gesprek met elkaar aangegaan. Komt men er niet uit dan zal Plectrum hierin trachten een bemiddelende rol te spelen. Uiteindelijk is de stem van het lid dat in diens werkgebied met een concurrerend aanbod wordt geconfronteerd, doorslaggevend.'*¹⁰²

142. Exact dezelfde tekst is (onder hetzelfde kopje) opgenomen in de toelichting op het oprichtingsbesluit van Plectrum van februari 2006.¹⁰³

143. Op 26 april 2006 komt het non-concurrentiebeding ter sprake in een vergadering van de Raad van Toezicht van Carinova. In het verslag van deze vergadering is onder het hoofdstuk '*Strategische ontwikkelingen*' en het subkopje '*Plectrum*' de volgende zin opgenomen: '*Als lid behoud men de exclusiviteit voor de eigen regio en elkaar onderling beconcurreren is niet mogelijk.*'

⁹⁹ Stempelnummer 06274083431309.

¹⁰⁰ Stempelnummer 62741234300369.

¹⁰¹ Besluiten- & Actiepuntenlijst Plectrum van 23 juni 2005, p.3; stempelnummer 62741234300718.

¹⁰² Stempelnummer 62741134300442.

¹⁰³ P.10 van de toelichting op het oprichtingsbesluit; stempelnummer 06274133432399.

Het onderwerp 'Plectrum' wordt in dit verslag afgesloten met de zin: '**Besluit:** De Raad van toezicht gaat met algehele stemmen akkoord op deze wijze verder te gaan.'¹⁰⁴

144. Tijdens een vergadering van Plectrum van 17 mei 2006 wordt stilgestaan bij het feit dat VVT, een gezamenlijke dochteronderneming van Carint en Thuiszorg Noord West Twente (hierna ook: TNWT), op het gebied van thuiszorg actief is in het werkgebied van Carinova. Blijkens de notulen van deze Plectrum vergadering wordt hiervoor een oplossing gezocht:

*'Ook Carinova heeft last van VVT (aanbieder waar Carint een belang in heeft) in zijn gebied. De voorzitter vraagt om deze zaak onderling ([...] [NMa: voorzitter Raad van Bestuur Carinova], [...] [NMa: voorzitter Raad van Bestuur Thuiszorg Midden-Gelderland] en [...]) op korte termijn op te lossen. Op 7 juli komt het weer op de agenda.'*¹⁰⁵

145. Uit het verslag van de Plectrum vergadering van 7 juli 2006 volgt dat bij een lid van Plectrum twijfel opgekomen is omtrent de exacte reikwijdte van het non-concurrentiebeding:

*'[...] [NMa: voorzitter van de Raad van Bestuur van Florence] oppert dat er een exacter beeld moet komen, wie nou welk gebied tot zijn werkgebied rekent (tot op gemeentelijk nivo), en tot waar reikt de ambitie m.a.w. waar accepteert je een ander Plectrum lid in jouw werkgebied en waar niet? De vraag wordt rondgestuurd.'*¹⁰⁶

146. Tijdens deze vergadering komt wederom ter sprake dat VVT in het werkgebied van (onder meer) Carinova actief is en dat Carinova daar 'last van heeft'. In het verslag van deze vergadering zijn onder het kopje '*Oplossing m.b.t. problematiek VVT*' de volgende zinnen opgenomen:

*'[...] [NMa: [...] van Thuiszorg Midden-Gelderland] en [...] [NMa: [...] van Carinova] hebben last van concurrentie van de organisatie VVT (waarvan Carint aandelen bezit) in hun werkgebied. Er is nog geen afspraak gemaakt. Het punt wordt naar 15 september verplaatst.'*¹⁰⁷

147. Uit de notulen van de Plectrum vergadering van 15 september 2006 blijkt dat dit onderwerp wederom ter sprake is gekomen op een Plectrum vergadering en dat nog geen oplossing voor deze 'problematiek' is gevonden. Uit de notulen volgt voorts dat de leden van Plectrum de oplossing voor het (voor zover hier van belang) tussen Carinova en Carint gerezen geschil zien in het licht van het overeengekomen non-concurrentiebeding (dat in de onderhavige notulen wordt aangeduid als '*gedragscode*'). De notulen van deze vergadering vermelden namelijk onder het kopje '*Oplossing m.b.t. problematiek VVT*':

'Carint, STMG [NMa: Stichting Thuiszorg Midden-Gelderland] en Carinova zijn er gezamenlijk niet uitgekomen. Besloten wordt dat er een commissie wijze personen samengesteld zal worden die

¹⁰⁴ P.4 van het verslag; stempelnummer 62741234300111.

¹⁰⁵ Stempelnummer 62741234300770.

¹⁰⁶ P. 3 en 4 van het verslag; stempelnummers 62741234300783 en 62741234300784.

¹⁰⁷ Stempelnummer 62741234300783.

*samen met Carint, STMG en Carinova tot een oplossing moet komen, alvorens de studiereis begint. [...] ziet ook problemen in combinatie met Vérian. Verder komt ter sprake hoe we tot de gedragscode gekomen zijn. Komt op 3 november a.s. weer op de agenda.*¹⁰⁸

148. Uit het verslag van de vergadering van het 'DMO Carinova' van 20 september 2006 volgt dat het non-concurrentiebeding in de praktijk door Carinova werd toegepast. Onder het kopje 'WMO: stand van zaken' is de volgende zin opgenomen:

*'Carinova zal niet aanbesteden in Arnhem i.k.v. het non concurrentiebeding binnen Plectrum.*¹⁰⁹

149. In het najaar van 2006 komt een discussie tussen de leden van Plectrum op gang over de inhoud van het non-concurrentiebeding. Allereerst vermeldt de besluitenlijst van het dagelijks bestuur van de (inmiddels) coöperatieve vereniging Plectrum B.A. van 10 oktober 2006:

*'Er lijken toch meer leden onderling met elkaar te concurreren op de WMO-zorg. Een lid offreert in het werkgebied van de ander zonder het desbetreffende lid in te lichten. Er moet een discussie worden aangezwengeld over de inhoud van het concurrentiebeding in de november vergadering. Het DB zal hierover een notitie voorbereiden.*¹¹⁰

150. De hiervoor bedoelde discussie wordt inderdaad tijdens de vergadering van Plectrum van 3 november 2006 'aangezwengeld'. Het verslag van die vergadering vermeldt hierover onder het kopje 'Hoe gaan wij met elkaar om in de markt?':

*'Er is een keuze gemaakt dat Plectrumleden niet met elkaar concurreren, inmiddels schrijdt de tijd voort en veranderen omstandigheden. Vraag: houden wij nog vast aan onze beginafspraken of wordt er nu anders over gedacht?'*¹¹¹

151. Tijdens een 'Missie-visie bijeenkomst' van Plectrum die op 14 november 2006 is gehouden (bij welke Carinova en Carint afwezig waren), wordt besloten om vast te houden aan het non-concurrentiebeding. Het verslag van deze bijeenkomst vermeldt onder het kopje 'Hoe gaan wij met elkaar om?':

'Geconcludeerd wordt dat we niet in elkaars (Plectrumleden) oorspronkelijke gebied concurreren qua V&V! In nieuwe gebieden, waar geen Plectrum zit, kan iedereen natuurlijk aanbesteden.' Enkele zinnen daarna vermeldt het verslag: *'[...] is helaas niet aanwezig om zijn kant van het verhaal te vertellen, daarom zal dat een volgende keer gebeuren (jan. 2007).'*¹¹²

¹⁰⁸ Stempelnummer 62741234300787.

¹⁰⁹ P.2 van het verslag; stempelnummer 62741234300155.

¹¹⁰ Stempelnummer 62741234300592.

¹¹¹ P.3 van het verslag; stempelnummer 62741234300792.

¹¹² P.4 van het verslag; stempelnummer 62741234300451.

152. Het Dagelijks Bestuur van Plectrum stelt vervolgens op 29 november 2006 een 'zeer vertrouwelijk memo' op, waarin een 'gedragscode' is opgenomen. Als aanleiding hiervoor vermeldt het memo:

'- De kwestie die speelt tussen Carint, Carinova en Thuiszorg Midden-Gelderland waar een thuiszorgorganisatie, waarin Carint een belang heeft genomen, in het werkgebied van Carinova en STMG concurreert
- De WMO-aanbesteding waarin leden bij gemeenten in elkaars werkgebied een offerte uitbrengen.'

Onder het kopje '*Concurrentie in elkaars werkgebied*' vermeldt dit memo allereerst:

'Door de gezamenlijke doelstelling te weten: verkoopkracht naar verzekeraars toe organiseren, wordt van Plectrumleden verwacht dat zij activiteiten ondernemen die versterkend werken op de doelstelling. Dat betekent onder meer dat expansie van werkgebieden waarin Plectrumleden nog niet actief zijn moet worden aangemoedigd. Dit draagt bij aan de gezamenlijke doelstelling omdat hiermee een landelijke spreiding verder wordt uitgebouwd. Concurrentie in elkaars werkgebied draagt hier niet toe bij omdat het niet bijdraagt aan een verdere uitbouw van landelijke spreiding en de positie van een Plectrumlid verzwakt. Dit is dan ook een ongewenste situatie. [...].'

De vraag is alleen of de Zorg Autoriteit al deze onderlinge afspraken toestaat. Het is geenszins de bedoeling om onderlinge afspraken met elkaar maken zolang Plectrum en haar leden niet weten wat de grenzen/kaders zijn die de NMA/ZA hierover stelt. Plectrum en haar leden zullen zich ten allen tijde aan deze grenzen en kaders houden.'

Het memo vermeldt vervolgens een '*Gedragscode*':

'Gedragscode

Op 14 november jl. hebben de leden van Plectrum met elkaar gediscussieerd over hoe met elkaar om te gaan. Uit deze discussie is ondubbelzinnig naar voren gekomen dat Plectrumleden elkaar niet beconcurreren ook niet met organisaties waarin leden een belang hebben.

Wel is aangegeven dat in het kader van de WMO het is toegestaan om offertes uit te brengen bij gemeenten in elkaars werkgebieden. Daarbij is het lid dat offreert verplicht om vooraf het lid te informeren in wiens werkgebied de offerte wordt uitgebracht. Indien het geïnformeerde lid bezwaar maakt tegen het offeren in diens werkgebied, dan wordt er niet geoffreerd. Wordt er dan toch geoffreerd in het werkgebied, dan is uitsluiting door Plectrum van het lid dat offreert aan de orde.¹¹³

153. In een nieuwe versie van deze memo, gedateerd 29 januari 2007, is de tekst van deze memo aangevuld. In de nieuwe versie is allereerst een derde aanleiding voor het opstellen van de gedragscode opgenomen, namelijk: '*Samenwerking/fusie met niet-Plectrumleden*'. Voor zover hier van belang, vermeldt deze nieuwe versie van de memo tevens aan het eind: '*Deze gedragscode wordt in de franchiseovereenkomst opgenomen.*¹¹⁴

¹¹³ Stempelnummers 62741134300417 en 62741134300418.

¹¹⁴ Stempelnummers 61090000041099 en 61090000041100.

154. Uit de notulen van de vergadering van Plectrum van 2 februari 2007 blijkt dat de heer [...] van Carint zich niet kan verenigen met toepassing c.q. gebruikmaking van het (op grond van de Gedragscode bestaande) vetorecht door een lid van Plectrum dat zelf in zijn eigen werkgebied een opdracht in het kader van de WMO 'misgelopen' is:

'Gedragscode

[...] heeft een opmerking over het betreffende memo, m.n. over "Indien het geïnformeerde lid bezwaar maakt tegen het offrenen in diens werkgebied dan wordt er niet geoffreerd". Volgens [...] kan zich de situatie voordoen dat het betreffende lid zelf al een keer geoffreerd heeft en afgewezen is en dan het veto uitspreekt in de fase daarna. Daar is [...] het dus niet mee eens.¹¹⁵

155. Tijdens de vergadering van Plectrum van 2 februari 2007 wordt ook het 'Activiteitenplan en begroting 2007' van Plectrum besproken dat is opgesteld door het Dagelijks Bestuur van Plectrum. Uit de notulen blijkt dat enkele leden enkele opmerkingen hebben bij dit plan, maar zich niet verzetten tegen de (kern)inhoud van dit plan.¹¹⁶ Het activiteitenplan zelf vermeldt dat het op 2 februari 2007 is vastgesteld door het Plectrum Bestuur (waar Carinova en Carint deel van uitmaken).¹¹⁷ Uit de inleiding van het plan kan worden opgemaakt dat de (bestuurs)leden van Plectrum begin 2007 het non-concurrentiebeding nog steeds van toepassing achten:

*'In 2006 is echter ook duidelijk geworden dat de formele binding tussen de leden versterkt moet worden. Concurrentie in elkaars werkgebieden en het zelfstandig aangaan van strategische samenwerkingsrelaties met organisaties buiten Plectrum vraagt om afstemming en instemming van andere Plectrumleden. De huidige formele afspraken blijken daarin onvoldoende. Dit heeft onder meer geleid tot het niet toetreden van Zorggroep Midden- en West-Brabant tot de coöperatie.'*¹¹⁸

156. Uit het activiteitenplan blijkt voorts dat de leden de 'onderlinge binding' willen vergroten. Het Dagelijks Bestuur constateert in het plan dat het richten op de primaire doelstelling (uit 2006) van Plectrum, te weten: 'het realiseren van een krachtige positie in de contractering van zorgverzekeraars en andere relevante (institutionele) partijen', te weinig onderlinge binding geeft op de korte termijn. In verband hiermee zijn de leden van Plectrum voornemens om in 2007 een franchiseformule op te zetten:

*'De onderlinge binding zal ook een formeel-juridische basis moeten kennen. Een franchiseformule en daarbij behorende aansturing wordt in de eerste helft van 2007 geconcretiseerd en vastgesteld. Dit binnen de kaders die de NMa en de ZA stellen ten aanzien van onderlinge binding en concurrentie.'*¹¹⁹

¹¹⁵ P.5 van de notulen; stempelnummer 62741234300813.

¹¹⁶ Stempelnummers 62741234300813 en 62741234300814.

¹¹⁷ Stempelnummer 62741134301101.

¹¹⁸ Stempelnummer 62741134301103.

¹¹⁹ Stempelnummer 62741134301105.

157. Uit de notulen van de vergadering van Plectrum van 16 februari 2007, welke door zowel de heer [...] van Carint als door de heer [...] van Carinova werd bijgewoond, blijkt dat tussen Carint en Carinova onenigheid is ontstaan over 'offreren in elkaars werkgebied'. In de notulen van deze vergadering zijn onder het kopje 'Gedragscode' de volgende zinnen opgenomen:

*'Er is tussen [...] en [...] onenigheid ontstaan over offreren in elkaars gebied, mede door de recent ontstane onduidelijkheid nu [...] iets met Livio wil. [...] zal een afspraak maken met [...] hierover en de uitkomst meedelen aan [...] voor 26 maart a.s. [...] De gedragscode wordt vastgesteld als werk materiaal voor de franchise.'*¹²⁰

158. Uit de notulen van de vergadering van de Raad van Bestuur van de Carint-Reggeland Groep van 20 februari 2007 volgt dat de tussen Carinova en Carint ontstane onenigheid over 'offreren in elkaars werkgebied' specifiek betrekking heeft op de voorgenomen activiteiten van Carint in Deventer (te weten: de voorgenomen inschrijving op de aanbesteding in het kader van de WMO door de gemeente Deventer). Uit het hierna aangehaalde citaat uit deze notulen blijkt tevens dat Carint (intern) verwijst naar de binnen Plectrum gemaakte afspraak inhoudende dat Plectrum leden (in ieder geval zonder toestemming) niet in het werkgebied van een ander Plectrum lid actief mogen worden:

*'Komt ook aan de orde de bezwaren die Carinova geuit heeft tegen offreren door CRG [NMa: Carint-Reggeland Groep] in Deventer, dit gelet op de binnen Plectrumverband geldende afspraken om niet in het werkgebied van andere leden werkzaam te zijn.'*¹²¹

159. Op 30 maart 2007 bevestigen de leden van Plectrum wederom in een vergadering dat het niet onderling concurreren, door toetreding tot het werkgebied van een ander lid, het uitgangspunt is binnen Plectrum en dat dit uitgangspunt blijft gelden als de leden een franchise-organisatie hebben opgezet. Uit de notulen van deze vergadering volgt tevens dat de gedragscode eveneens zal worden toegepast bij de toelating van nieuwe leden van Plectrum in 2007:

'In 2007 worden nieuwe leden toegelaten uitgaande van de voorwaarden die in het besluit rondom het ledenbeleid zijn vastgelegd. Hierbij wordt de gedragscode gevolgd waarin de huidige werkgebieden van de leden als basis dienen voor de rayonnering. Gebieden die niet door Plectrumleden worden gedekt zijn in principe open voor expansie door Plectrumleden.

Gezamenlijk optreden in elkaars werkgebied, dat zal door [...] uitgezocht worden. Normaliter mogen er geen commerciële activiteiten plaatsvinden in concurrerende gebieden. Voor gebieden waar nog geen Plectrumleden gevestigd zijn, kunnen er subfranchisenemers (worden geen lid) worden gezocht of filialen worden opgezet. VierstroomZorgring heeft een dochter die ook in andere werkgebieden dan haar eigen gebied werkzaam is. In een franchise mogen geen zaken ontwikkeld worden die concurreren met het Plectrumsamenwerkingsverband. Men moet elkaar informeren en

¹²⁰ Stempelnummer 62741234300818.

¹²¹ Deze notulen zijn als bijlage opgenomen bij de schriftelijke zienswijze van Carint; documentnummer 6274/512.

*niet beconcurreren en met elkaar afspreken hoe daarmee om te gaan (bijv. % verkopen aan ander Plectrumlid).*¹²²

160. Op 26 juni 2007 wordt de in het kader van Plectrum overeengekomen non-concurrentieafspraken wederom in een vergadering van de Raad van Bestuur van de Carint-Reggeland Groep aangehaald. Uit de notulen van deze vergadering volgt dat deze afspraak tussen Carint en Carinova tot spanningen heeft geleid:

*'[...] deelt mee dat zij met [...] een gesprek heeft gehad met de heer [...] van Carinova. Het gesprek wordt gekenschetst als geladen. Zij heeft niet het gevoel dat er sprake is van een vertrouwensbasis. Dit is terug te voeren op het non-concurrentiebeding zoals overeengekomen in Plectrum en de positie van VVT in het werkgebied van Carinova.'*¹²³

161. Met ingang van 1 juli 2007 komt een contract tot stand tussen Carint en de gemeente Deventer met betrekking tot het aanbieden van HV door Carint in deze gemeente.

162. Korte tijd hierna heeft wederom overleg tussen Carint (in de persoon van de heer [...]) en Carinova plaatsgevonden over de binnen Plectrum overeengekomen werkgebiedverdeling. Uit een concept verslag van de vergadering van de Raad van Bestuur van de Carint-Reggeland Groep van 17 juli 2007 volgt dat deze keer de beoogde fusie tussen Carinova en Thuiszorg Noord West Twente (TNWT) ter sprake kwam (waardoor Carinova - via TNWT - actief zou worden in Twente, het werkgebied van Carint). Dit zou voor Carint en Carinova aanleiding kunnen zijn om een (nieuw) samenwerkingsverband op te starten:

*'[...] heeft nog uitvoerig gesproken met de heer [...] en de heer [...] (bestuurders van Carinova). Carinova is in gesprek met TNWT over een fusie. Daar het basisprincipe van Plectrum is dat je niet concurreert in elkaars werkgebied, is mogelijke samenwerking met Carinova ter sprake gekomen. Dit is een afweging voor de toekomst.'*¹²⁴

163. Uit het verslag van de vergadering van de Raad van Bestuur van de Carint-Reggeland Groep van 11 december 2007 volgt dat Carint en Carinova eveneens hebben gesproken over een (destijds) mogelijke toetreding van Carint tot Midden IJssel met betrekking tot (AWBZ) PV & VP. Uit dit verslag volgt tevens dat over deze mogelijke toetreding nog verder zal worden 'onderhandeld' door Carinova en Carint:

*'Op 10 december heeft [...] een gesprek gehad met de heren [...] en [...] van Carinova. Mogelijk AWBZ activiteiten van CRG in Deventer kwamen ter sprake. Hierover was men niet enthousiast. Er zal in de toekomst nog verder worden onderhandeld.'*¹²⁵

¹²² Stempelnummer 62741234300829.

¹²³ Stempelnummer 62740001950071.

¹²⁴ Stempelnummer 62740001950079.

¹²⁵ Stempelnummer 62740001950147.

Voorgaand voornemen tot onderhandelen is in lijn met het hiervoor beschreven, in Plectrumverband overeengekomen, non-concurrentiebeding, zoals in 2007 (nader uitgewerkt) opgenomen in het activiteitenplan, dat voorschrijft dat concurrentie van een Plectrum lid in het werkgebied van een ander Plectrum lid 'afstemming en instemming' van het andere lid vereist.

164. Uit een concept verslag van de vergadering van de 'RvB-mini MT' van de Carint-Reggeland Groep van 16 januari 2008 volgt dat een vervolgbespreking tussen Carint en Carinova over de voorgenomen activiteiten van Carint in Deventer ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden:

*'N.a.v. pnt 2 Carinova [...] heeft een gesprek gehad met [...]. Er volgt nog een vervolgspraak m.b.t. CRG activiteiten in Deventer. Alvorens [...] [NMa: van Carint] gaat overleggen met Carinova over mogelijke samenwerking zal er duidelijkheid moeten bestaan over de verhouding CRG/Carinova i.h.k.v. WMO/AWBZ.'*¹²⁶

165. Uit het 'Verslag MT 20-2-2008', welk document door de Raad als een concept wordt beschouwd van het vastgestelde verslag van de vergadering van de Raad van Bestuur ('RvB-mini MT') van de Carint-Reggeland Groep van 20 februari 2008, volgt dat Carint op 20 februari 2008 definitief heeft besloten om tot de regio Midden IJssel toe te treden (met betrekking tot het aanbieden van PV & VP) en om dit aan Carinova mede te delen. Uit dit verslag volgt tevens dat Carint zich realiseert dat zij hiermee in strijd handelt met het hiervoor beschreven, in Plectrumverband overeengekomen, non-concurrentiebeding, zoals wederom overeengekomen in de Gedragscode en in 2007 (nader uitgewerkt) opgenomen in het activiteitenplan:

*'Aan [...] [NMa: voorzitter Raad van Bestuur Carinova] zal meegedeeld worden dat CRG nu ook in het werkgebied van Carinova gaat werken. De afspraken die er gemaakt waren in het verleden en recent herhaald zijn, zijn geschonden, ook door de op handen zijnde fusie in het CRG werkgebied.'*¹²⁷

166. In het vastgestelde verslag van de vergadering van de Raad van Bestuur ('RvB-mini MT') van de Carint-Reggeland Groep van 20 februari 2008 komt de laatste zin uit dit citaat niet voor. Wel volgt uit deze definitieve versie van het verslag dat Carint voornemens is om tijdens een gesprek aan Carinova een toelichting te geven omtrent het plan van Carint om (op AWBZ gebied) toe te treden tot Deventer:

'Afgesproken wordt dat [...] de heren [...] en [...] (Carinova/TNWT) zal uitnodigen voor een gesprek en de plannen van CRG in Deventer zal toelichten. CRG zal zich in het samenwerkingsmodel op het vlak van de maatschappelijke dienstverlening richten op Twente. Verder zal CRG de voorbereidingen treffen om tot de gewenste inzet WMO/AWBZ in Deventer te komen. In de

¹²⁶ Stempelnummer 62741134301433.

¹²⁷ Stempelnummer 6274000162040.

*tussentijd zal verder gewerkt worden aan het samenwerkingsverband tussen CRG, Carinova/TNWT dat op 1 juli 2008 bekrachtigd moet worden.*¹²⁸

167. Carint sluit een contract met het zorgkantoor Midden IJssel met betrekking tot de levering van PV & VP in de zorgkantoorregio Midden IJssel met ingang van 1 juni 2008.
168. Op 29 januari 2009 heeft de heer [...], voormalig bestuurder van de Stichting Carint Reggeland Groep, tegenover (medewerkers van) de NMa onder meer verklaard: *'Ik weet dat in Plectrum bepaalde afspraken werden gemaakt dat je niet in elkaars werkgebied opereert. Ik ben het daar nooit mee eens geweest. Ik vond dat een klassieke manier van denken die niet meer past in de nieuwe verhoudingen.'*¹²⁹ De heer [...] verklaarde hierover verder: *'In de besluitvorming was er een meerderheid die daar de afspraken over maakte. Nogmaals dat zou wel tegen het licht worden gehouden of het de NMa toets doorstond. Dat was een wens en voor sommigen misschien zelfs een eis van, anders kan het niet.'*¹³⁰ Voorts verklaarde de heer [...]: *"[...], je moet dat steeds ook in de context van Plectrum zien, waarin een principe afspraak lag, die heeft u ook kunnen lezen, dat er niet werd geconcurrereerd in elkaars werkgebied. Ik deed dat dus wel, daar moest een modus voor gevonden worden, die dus in feite nooit gevonden is.*¹³¹

Tussenconclusie

169. Naar het oordeel van de Raad volgt uit de hiervoor beschreven documenten dat Carint en Carinova in het kader van Plectrum een non-concurrentiebeding zijn overeengekomen inhoudende dat de leden van Plectrum (waaronder begrepen de betrokken ondernemingen) gehouden zijn om – in ieder geval zonder toestemming van het betreffende andere Plectrum lid – niet toe te treden tot het werkgebied waarin een ander Plectrum lid (van oudsher) actief is met betrekking tot het aanbieden van thuiszorg (waaronder begrepen HV en PV & VP). Alhoewel in de loop van 2006 onduidelijkheid tussen de leden ontstond over de exacte afbakening van de werkgebieden van de leden, stelt de Raad vast dat de betrokken ondernemingen zowel in 2006 en in 2007, alsmede in het voorjaar van 2008 hebben vastgehouden aan het non-concurrentiebeding. Dit volgt onder meer uit de eind 2006 / begin 2007 in het kader van Plectrum opgestelde Gedragscode, alsmede uit het - mede door de betrokken ondernemingen opgestelde - activiteitenplan 2007 van Plectrum. Dat de betrokken ondernemingen de Gedragscode hebben onderschreven en het non-concurrentiebeding is blijven voortbestaan, blijkt uit meerdere notulen van vergaderingen van Plectrum in deze jaren¹³², alsmede uit diverse interne notulen van bestuursvergaderingen van de betrokken ondernemingen.¹³³

¹²⁸ Stempelnummer 62740001950175.

¹²⁹ Verklaring van de heer [...], bijlage bij documentnummer 6274/256, p.5.

¹³⁰ Zie vorige noot.

¹³¹ Verklaring van de heer [...], bijlage bij documentnummer 6274/256, p.8.

¹³² Zie bijvoorbeeld de hiervoor aangehaalde notulen van de vergaderingen van Plectrum van 2 februari 2007 en 30 maart 2007.

¹³³ Zie bijvoorbeeld de hiervoor aangehaalde notulen van de vergadering van Carinova van 20 september 2006 en de notulen van de vergadering van Carint van 20 februari 2007 en de concept notulen van de vergaderingen van Carint van 17 juli 2007 en

170. Uit het voorgaande volgt voorts dat de betrokken ondernemingen in de praktijk uitvoering hebben gegeven aan het non-concurrentiebeding. Dit volgt zowel uit het feit dat Carint met betrekking tot HV tot 1 juli 2007 en met betrekking tot PV & VP tot 1 juni 2008 niet tot de regio Midden IJssel is toegetreden, als uit het feit dat Carint en Carinova hebben onderhandeld over de door Carint voorgenomen toetreding tot de gemeente Deventer en tot de regio Midden IJssel met betrekking tot deze thuiszorgactiviteiten. Het feit dat, en de wijze waarop, de betrokken ondernemingen in Plectrum verband herhaaldelijk hebben gesproken over de activiteiten van VVT in het werkgebied van Carinova ondersteunt deze conclusie eveneens.

5.3 Zienswijzen betrokken ondernemingen omtrent de feiten en omstandigheden m.b.t. de gedragingen van partijen zoals vastgesteld in het rapport en beoordeling daarvan door de Raad

Zienswijze Carinova en Carint

171. Carinova en Carint betogen in hun zienswijzen dat de discussie die in het kader van Plectrum plaatsvond over concurrentie zag op de toelating van nieuwe leden; de doelstelling van Plectrum was om een landelijk dekkend netwerk van thuiszorgverleners te creëren en geen overlappend netwerk. Het non-concurrentiebeding betrof mitsdien geen gedragsregel tussen bestaande leden van Plectrum.
172. In deze context is volgens Carinova en Carint wel discussie geweest over (de afbakening van) de 'werkgebieden' van de bestaande leden. De werkgebieden van de leden zijn uiteindelijk nooit gedefinieerd; een afspraak hierover is mitsdien nimmer gemaakt, aangezien hierover geen wilsovereenstemming bestond tussen de leden van Plectrum (en tussen Carint en Carinova in het bijzonder). Volgens de betrokken ondernemingen is van belang dat Carint (in de persoon van de heer [...]) zich zou hebben verzet tegen een non-concurrentiebeding inhoudende een (onderlinge) werkgebiedverdeling. Dit zou onder meer volgen uit (niet in het dossier opgenomen) email correspondentie tussen de heer [...] en andere leden van Plectrum. Carint wijst er voorts op dat het gebrek aan wilsovereenstemming tussen Carint en Carinova op dit punt tevens volgt uit het feit dat Carint (via VVT) is blijven concurreren met Carinova in Carinova's werkgebied. Ook uit de notulen van de vergadering van Plectrum van 16 februari 2007 volgt dat er onenigheid bestond tussen Carint en Carinova over de gedragscode. In deze gedragscode wordt bovendien verwezen naar een discussie tussen Plectrumdeelnemers van 14 november 2006, tijdens welke vergadering zowel Carint als Carinova niet aanwezig waren.
173. Voor zover wel over een non-concurrentiebeding tussen de leden werd gesproken, moet dat volgens Carinova en Carint worden gezien in het licht van de door de leden van Plectrum nog op te zetten franchiseformule; een non-concurrentiebeding is volgens de betrokken ondernemingen geen ongewone beperking in het kader van een franchise. Een dergelijke

afsprake is echter volgens de betrokken ondernemingen niet gemaakt; uit diverse stukken uit het dossier zou blijken dat het de bedoeling was om de afspraak eerst nog op verenigbaarheid met het mededingingsrecht te toetsen alvorens de afspraak te maken.

174. Ten slotte wijzen Carinova en Carint er op dat de gesprekken tussen hen zagen op (een beoogde) samenwerking tussen hen op het gebied van 'ketenafspraken', kraamzorg en maatschappelijke dienstverlening. Aangezien Carint op het gebied van HV en PV & VP de concurrentie met Carinova in Midden IJssel wilde aangaan, maar met Carinova beoogde samen te werken op genoemde andere gebieden, ontstond een 'lastige spagaat'; door middel van gesprekken werd beoogd deze op te lossen en de onderlinge verhouding te 'normaliseren'. Carint wijst er voorts op dat de gesprekken plaatsvonden nadat Carint op de WMO aanbesteding van de gemeente Deventer had ingeschreven en dat tijdens de gesprekken de overname van personeel van Carinova door Carint centraal stond.

Beoordeling Raad

175. De Raad volgt allereerst Carinova en Carint niet in hun stelling dat het binnen Plectrum overeengekomen non-concurrentiebeding uitsluitend zag op de toelating van nieuwe leden. Uit diverse stukken - in het bijzonder de memo van de stuurgroep van Plectrum van 29 april 2005, de vastgestelde toelatingscriteria van 2 december 2005, de Gedragscode, alsmede het activiteitenplan 2007 dat is vastgesteld op de Plectrum vergadering van 2 februari 2007 - volgt dat het non-concurrentiebeding tussen de leden van Plectrum gold en niet uitsluitend van toepassing was op aspirant leden van Plectrum.
176. Alhoewel de leden van Plectrum op een gegeven moment inderdaad hebben gesproken over het opzetten van een franchise-organisatie, moet worden vastgesteld dat de leden in de aanvangsfase van Plectrum nog niet als doel hadden om een franchiseketen op te zetten. Dit volgt allereerst uit de doelstellingen die zijn vermeld in de door de leden van Plectrum ondertekende intentieverklaring van 29 april 2005; in deze verklaring wordt in het geheel niet gerefereerd aan een nog op te zetten franchise-organisatie. Voorts ontbreekt een verwijzing naar de beoogde franchise-organisatie in de meeste, hiervoor vermelde, bewijsstukken van na deze datum. Uit de hiervoor in hoofdstuk 5.2 vermelde dossierstukken, samen bezien, moet dan ook worden geconcludeerd dat de leden van Plectrum, en de betrokken ondernemingen in het bijzonder, een verdeling van hun werkgebieden zijn overeengekomen (in die zin dat het zonder toestemming van een ander lid van Plectrum niet toegestaan is om het werkgebied van het andere lid te betreden met het aanbieden van thuiszorg) alvorens zij het plan hadden opgevat om een franchise-organisatie op te zetten en, in een later stadium, hiermee niet uitsluitend hadden beoogd hun onderlinge verhoudingen in een (toekomstige) franchise-organisatie te regelen.
177. Naar het oordeel van de Raad is niet gebleken dat Carint (in de persoon van de heer [...]) zich heeft gedistantieerd van het binnen Plectrum overeengekomen non- concurrentiebeding. Hiervoor is allereerst van belang dat uit de notulen van de vergadering van Plectrum van 2 februari 2007 niet volgt dat de heer [...] zich verzet tegen algehele toepasselijkheid van de

Gedragscode. De heer [...] kon zich alleen niet verenigen met de toepassing van een vetorecht door een lid van Plectrum dat zelf in zijn eigen werkgebied een opdracht in het kader van de WMO misgelopen was. Niet gebleken is dat de heer [...] of een ander lid van het bestuur van Carint zich verder heeft verzet tegen het binnen Plectrum overeengekomen non-concurrentiebeding, specifiek de onderlinge verdeling van de werkgebieden van leden van Plectrum die dit beding behelsde.¹³⁴ Uit diverse notulen van vergaderingen van Carint van na genoemde datum volgt veeleer dat Carint de toepasselijkheid van deze afspraak erkent. Dit volgt bijvoorbeeld uit de notulen van de vergadering van Carint van 20 februari 2007, waarin gerefereerd wordt aan *'de binnen Plectrumverband geldende afspraken om niet in het werkgebied van andere leden werkzaam te zijn'*.¹³⁵ In de, hiervoor in hoofdstuk 5.2 weergegeven, notulen van latere vergaderingen van Carint van 26 juni 2007 en 17 juli 2007 wordt wederom (het van toepassing zijn van) het binnen Plectrum overeengekomen non-concurrentiebeding aangehaald. Uit het, eveneens hiervoor in hoofdstuk 5.2 weergegeven, concept verslag van de vergadering van de Raad van Bestuur van Carint van 20 februari 2008 volgt bovendien dat Carint zelf erkent dat zij door toetreding in Midden IJssel *'de afspraken die er gemaakt waren in het verleden en recent herhaald zijn'* geschonden heeft. Hiermee wordt naar het oordeel van de Raad onmiskenbaar de in het voorjaar van 2005 gemaakte non-concurrentieafspraken bedoeld, die in het najaar van 2006 - tijdens (onder meer) de vergadering van Plectrum van 14 november 2006 - is herbevestigd. Uit dit concept verslag volgt nog eens duidelijk dat Carint zich conformeert aan de (onder meer) op deze vergadering van 14 november 2006 gemaakte non-concurrentieafspraken. Dit volgt, naast de overige hiervoor vermelde bewijsstukken, eveneens uit het Activiteitenplan 2007 dat op 2 februari 2007 door (onder meer) Carint en Carinova is vastgesteld. Het feit dat Carint en Carinova niet tijdens de vergadering van Plectrum van 14 november 2006 aanwezig waren, betekende dan ook niet dat zij de tijdens deze vergadering wederom overeengekomen non-concurrentieafspraken inhoudelijk niet onderschreven.

178. Dat - blijkend uit de hiervoor vermelde notulen van de vergadering van Plectrum van 16 februari 2007 - onenigheid tussen Carint en Carinova is ontstaan, betekent eveneens niet dat tussen Carint en Carinova geen overeenstemming bestond met betrekking tot de in Plectrumverband gemaakte non-concurrentieafspraken. Uit deze notulen volgt veeleer dat Carint in lijn handelde met hetgeen onder de Gedragscode is afgesproken, namelijk dat een lid van Plectrum gehouden is om een ander lid vooraf te informeren als in zijn werkgebied een offerte wordt uitgebracht. Carint heeft – conform deze Gedragscode – in het voorjaar van 2007 Carinova op de hoogte gesteld van haar voornemen om in te schrijven op de WMO aanbesteding van de gemeente Deventer. Carinova maakte hiertegen bezwaar, hetgeen eveneens volgt uit de hiervoor aangehaalde notulen van de vergadering van Carint van

¹³⁴ Tijdens het openbare gedeelte van de hoorzitting in de onderhavige zaak is gebleken dat Carint noch Carinova beschikt over enige e-mailcorrespondentie waaruit volgt dat de heer [...] van Carint zich heeft verzet tegen het overeenkomen van een non-concurrentiebeding in Plectrumverband; documentnummer 6274/525 (zie randnr. 37 van dit besluit).

¹³⁵ Deze notulen zijn opgenomen als bijlage bij de schriftelijke zienswijze van Carint; documentnummer 6274/512.

20 februari 2007. Zoals hiervoor weergegeven, heeft een lid van Plectrum onder de Gedragscode een vetorecht met betrekking tot de voorgenomen inschrijving op een WMO aanbesteding in zijn werkgebied. Ook Carinova handelde mitsdien conform hetgeen onder deze code was afgesproken. Gelet op het voorgaande, is dan ook niet vast komen te staan dat één van de betrokken ondernemingen de Gedragscode c.q. het non concurrentiebeding - zoals onder meer vastgelegd in de Gedragscode - niet (meer) onderschreef.

179. Dit volgt evenmin uit het feit dat VVT in de hier centraal staande periode in het werkgebied van Carinova actief was. Allereerst is van belang dat het binnen Plectrum overeengekomen non-concurrentiebeding aanvankelijk alleen van toepassing was op de leden van Plectrum zelf, en niet op deelnemingen van de leden. Pas in de Gedragscode is - in aanvulling hierop - vastgelegd dat leden van Plectrum niet met elkaar mogen concurreren, *'ook niet met organisaties waarin leden een belang hebben'*. Carint heeft korte tijd na vaststelling van de Gedragscode, in het weekend van 24 en 25 februari 2007, haar belang in VVT verkocht aan TNWT (met terugwerkende kracht tot 1 januari 2007)¹³⁶. Ook hieruit volgt niet dat Carint het binnen Plectrum overeengekomen non-concurrentiebeding niet onderschreven heeft; door verkoop van haar belang in VVT kort nadat de Gedragscode was vastgesteld, handelde Carint juist in lijn met deze code.
180. Aan al het voorgaande doet eveneens niet af dat de leden van Plectrum niet tot een exacte afbakening - op gemeentelijk niveau - van hun werkgebieden zijn gekomen. Uit de verklaringen van de heer [...] en mevrouw [...] (eveneens voormalig bestuurder van Carint) blijkt dat de werkgebieden waarin de (grotere) thuiszorginstellingen van oudsher actief zijn, tussen thuiszorginstellingen bekend zijn.¹³⁷ Hiermee is genoegzaam vast komen te staan dat de betrokken ondernemingen binnen Plectrum een verdeling van (ten minste) hun kern-werkgebieden overeen zijn gekomen.
181. Gelet op al het voorgaande, is tevens niet gebleken dat de betrokken ondernemingen pas afspraken zouden hebben willen maken als vast zou staan dat de NMa hieraan haar goedkeuring zou verlenen (of anderszins zou blijken dat deze een mededingingsrechtelijke toetsing kunnen doorstaan). Alhoewel in de Gedragscode de zinnen zijn opgenomen dat *'het geenszins de bedoeling is om onderlinge afspraken met elkaar te maken zolang Plectrum en haar leden niet weten wat de grenzen/kaders zijn die de NMA/ZA hierover stelt'* en dat *'Plectrum en haar leden zullen zich ten allen tijde aan deze grenzen en kaders houden'*, moet, gelet op het voorgaande, allereerst worden vastgesteld dat voor de totstandkoming van de Gedragscode het onderhavige non-concurrentiebeding reeds was overeengekomen. Bovendien volgt uit diverse, hiervoor beschreven, notulen van vergaderingen van Carint en uit feitelijke gedragingen van zowel Carint als Carinova dat de betrokken ondernemingen in de praktijk de

¹³⁶ Zie p.2 van het verslag van de vergadering van Carint van 27 februari 2007, bijlage bij de schriftelijke zienswijze van Carint, documentnummer 6274/512.

¹³⁷ Zie de verklaring van de heer [...], documentnummer 6274/256, met name p.6; de verklaring van mevrouw [...], documentnummer 6274/244, p.2 en 6.

Gedragcode (specifiek: het non-concurrentiebeding, als vermeld in deze code) hebben onderschreven en toegepast. Hiernaast stelt de Raad vast dat Plectrum noch één van haar leden de NMa op enig moment hebben gevraagd haar visie te geven ten aanzien van enige binnen Plectrum gemaakte afspraak.

182. Tot slot wijst de Raad er op dat - anders dan de betrokken ondernemingen stellen - de gesprekken tussen hen niet, in ieder geval niet uitsluitend, zagen op (een beoogde) samenwerking tussen hen op het gebied van 'ketenafspraken', kraamzorg en/of maatschappelijke dienstverlening. Uit de hiervoor vermelde notulen van de vergadering van de Raad van Bestuur van de Carint-Reggeland Groep van 11 december 2007 volgt allereerst dat '*mogelijk AWBZ activiteiten van CRG in Deventer*' ter sprake kwamen en dat hierover nog verder in de toekomst zou worden '*onderhandeld*'. Voorts blijkt uit de tekst van de hiervoor aangehaalde (concept) notulen van de Raad van Bestuur vergaderingen van de Carint-Reggeland Groep van 16 januari 2008 en 20 februari 2008 dat de (voorgenomen) AWBZ en WMO activiteiten van Carint in Deventer besproken werden.

Tussenconclusie

183. Op grond van het bovenstaande stelt de Raad vast dat geen van de met betrekking tot de feiten en omstandigheden naar voren gebrachte punten in de zienswijzen van de betrokken ondernemingen afbreuk doet aan de tussenconclusie van de Raad zoals neergelegd in randnummers 169 en 170.

5.4 Conclusie door de Raad over de feiten en omstandigheden

184. De betrokken ondernemingen zijn beide actief op het gebied van het verlenen van thuiszorg. In anticipatie op de wijzigingen van de regelgeving, alsmede de (daaruit voortvloeiende) dreigende intrede van (onder meer) grote(re) thuiszorgorganisaties in de werkgebieden waarin de betrokken ondernemingen van oudsher actief waren, hebben de betrokken ondernemingen vanaf het voorjaar van 2005 er bewust voor gekozen om samen te werken met grote thuiszorgorganisaties verspreid over het gehele land in het kader van Plectrum. In Plectrum verband werd afgesproken dat de leden onderling niet mochten concurreren met betrekking tot zowel HV als PV & VP. De leden van Plectrum, waaronder Carint en Carinova, zijn hiertoe concreet overeengekomen om hun werkgebieden onderling te verdelen, op een zodanige wijze dat het ene lid niet zonder toestemming van het betreffende andere lid actief kon worden met het aanbieden van thuiszorg in het werkgebied van dat andere lid. Carint en Carinova hebben ingestemd met deze afspraak en zich beide hiertegen niet verzet. De betrokken ondernemingen hebben voorts beide voornoemde werkgebiedverdeling, en de in dat verband gemaakt nadere afspraken, in de praktijk uitgevoerd. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen op deze manier, voor zover hier van belang, de (potentiële) concurrentie van Carint op het gebied van HV en PV & VP in de zorgkantorregio Midden IJssel, hebben uitgeschakeld.

185. Na de inwerkingtreding van de WMO per 1 januari 2007 hebben beide betrokken ondernemingen voornoemde afspraak, en daarmee de uitschakeling van de (potentiële) concurrentie van Carint in Midden IJssel, nog enige tijd gehandhaafd en voortgezet. Met betrekking tot HV was hiervan sprake tot het moment waarop het door de gemeente Deventer aan Carint gegunde contract met betrekking tot het aanbieden van HV in deze gemeente in werking trad, te weten: op 1 juli 2007. Met betrekking tot PV & VP was hiervan sprake tot het moment waarop de door het zorgkantoor Midden IJssel met Carint gesloten overeenkomst met betrekking tot het aanbieden van PV & VP in deze regio in werking trad, te weten: op 1 juni 2008.

6 JURIDISCHE BEOORDELING

6.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

186. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw geldt niet voor de in artikel 6, derde lid, Mw genoemde uitzondering. Voor de toepassing van dit verbod is de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna ook: de Commissie), de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Unie (hierna: ook GvEA) richtinggevend.¹³⁸

6.1.1 Ondernemingen in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw

187. De Raad stelt vast, hetgeen ook niet is bestreden, dat de betrokken thuiszorginstellingen - in ieder geval met het verlenen van thuiszorg - economische activiteiten uitoefenen en derhalve ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, aanhef en onder sub f, Mw.

6.1.2 Overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw

188. Het verbod van artikel 6 Mw ziet zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.¹³⁹ Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en handhavingsmaatregelen zijn evenmin

¹³⁸ Zie: MvT bij de Mededingingswet, Tweede kamer 24 707, nr. 3, p. 9; NAV, Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 11.

¹³⁹ Zie o.a. GvEA, 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II)*, gev. zaken T-305/94 e.a., Jurispr. p. II-931, r.o. 715.

verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.¹⁴⁰

189. Het verbod op onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, Mw moet worden begrepen in het licht van het in het begrip 'mededinging' besloten concept dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk commercieel beleid hij zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid staat in de weg aan contact tussen ondernemers, indien dat contact als doel heeft de beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent of de kennisgeving aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag.¹⁴¹ Aldus valt onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ook elke vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹⁴²
190. Als de ondernemingen die aan de afstemming hebben deelgenomen op de markt actief blijven, moet, behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs, worden vermoed dat zij bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld en de risico's van de mededinging welbewust hebben vervangen door feitelijke samenwerking. Wanneer kan worden aangetoond dat deze ondernemingen hun gedragingen op elkaar hebben afgestemd en op de markt actief zijn gebleven, mag worden geëist dat zij het bewijs leveren dat die afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad.¹⁴³
191. Om als overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging te kunnen worden aangemerkt, hoeven gedragingen niet te bestaan uit een op zichzelf staande handeling. Een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging kan ook bestaan uit een reeks van handelingen of een voortdurende gedraging.¹⁴⁴ Het zou immers kunstmatig zijn om een voortdurende gedraging, die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in

¹⁴⁰ Zie o.a. Beschikking van de Commissie 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen*, PB. L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, *Polypropyleen*, zaak T-7/89, r.o. 262-264.

¹⁴¹ Hof van Justitie (hierna: HvJ EG), 16 december 1975, *Suiker Unie en anderen t. Commissie*, gevoegde zaken 40-48/73 enz., Jurispr. 1975, blz. 1663, r.o. 173 en 174.

¹⁴² HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 26 en HvJ EG, 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, r.o. 64.

¹⁴³ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 61.

¹⁴⁴ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 81 en GvEA EG, 16 december 2003, gevoegde zaken T-5/00 en T-6/00, *Nederlandse Federatie Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie B.V. t. Commissie*, n.n.g., r.o. 372, hierna bevestigd in HvJ EG, 21 september 2006, zaak C-113/04 P, *Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie B.V. t. Commissie*.

verschillende gedragingen en als even zoveel inbreuken te beschouwen.¹⁴⁵ Een kartel kan onder deze omstandigheden worden beschouwd als één enkele voortdurende inbreuk voor de duur van zijn bestaan.

192. De gedragingen van deelnemers aan een kartel kunnen in de loop van de tijd variëren. Nieuwe ondernemingen kunnen aan de gedragingen deelnemen en andere ondernemingen kunnen besluiten deze te beëindigen. De mogelijkheid dat één of meer elementen van een geheel van handelingen of van een duurzaam gevolgde gedragslijn, afzonderlijk en op zichzelf een schending van artikel 6, eerste lid, Mw kunnen vormen, doet hieraan niet af.¹⁴⁶
193. Een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen kan de uitdrukking zijn van één enkele overtreding die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt.¹⁴⁷ Derhalve kan een dergelijke overtreding als een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en cumulatief hoeft te worden bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.¹⁴⁸ De begrippen "overeenkomst" en "onderling afgestemde feitelijke gedraging" omvatten in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard, die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.¹⁴⁹
194. In het geval van langdurige kartels hoeft niet iedere uitvoeringshandeling een juridische kwalificatie te hebben. Zolang het gaat om uitvoeringshandelingen die gebaseerd zijn op een gemeenschappelijk doel, en dus de voortdurende gedraging kan worden vastgesteld als één enkele inbreuk, kan het plan inclusief uitvoeringshandelingen in algemene zin als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw worden gekwalificeerd.¹⁵⁰
195. Carint en Carinova hebben in het kader van Plectrum afgesproken om geen concurrerende thuiszorgactiviteiten aan te bieden in de werkgebieden die zij conform hun oorspronkelijke werkgebieden aan elkaar hebben toebedeeld. Uit de feiten zoals beschreven in hoofdstuk 5 van dit besluit blijkt dat het tussen hen geldende non-concurrentiebeding allereerst is te

¹⁴⁵ GvEA EG, 17 december 1991, zaak T-7/89, *SA Hercules Chemicals t. Commissie*, Jur. 1991, p. II-1711, r.o. 263 en 264, hierna bevestigd in HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-51/92 P, *SA Hercules Chemicals t. Commissie*, r.o. 115 en HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 77 en 82, GvEA EG, 20 maart 2002, zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. t. Commissie*, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 186.

¹⁴⁶ Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PbEG 2003 L6/1, ov. 560 en beschikking van de Commissie van 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, PbEG 1999 L 24/1, ov. 134.

¹⁴⁷ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Participazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 112-114 en GvEA EG, 20 maart 2002, zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. t. Commissie*, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 188.

¹⁴⁸ GvEA EG, 24 oktober 1991, zaak T-1/89, *Rhône-Poulenc SA t. Commissie*, Jur. 1991, p. II-867, r.o. 127.

¹⁴⁹ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 23.

¹⁵⁰ Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PbEG 2003 L6/1, ov. 558 en beschikking van de Commissie van 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, PbEG 1999 L 24/1, ov. 133.

kwalficeren als één (voortdurende) overeenkomst: tussen de betrokken ondernemingen bestond immers voortdurend (wils)overeenstemming ten aanzien van de onderlinge verdeling van de werkgebieden waarin zij 'van oudsher' met betrekking tot het aanbieden van thuiszorg actief waren. Hiernaast was sprake van één (voortdurende) onderling afgestemde feitelijke gedraging: uit hetgeen in hoofdstuk 5 is beschreven, volgt allereerst dat (onder meer) de betrokken ondernemingen in het kader van diverse vergaderingen van Plectrum (een gedeelte van) hun voorgenomen marktgedrag - te weten: het niet zonder toestemming van een Plectrum lid toetreden tot het werkgebied van het betreffende lid met betrekking tot het aanbieden van thuiszorg - onderling hebben afgestemd. Aangezien Carinova en Carint hierna actief zijn gebleven met het aanbieden van thuiszorg, moet ervan uit worden gegaan dat zij bij het bepalen van hun marktgedrag rekening hebben gehouden met hetgeen zij hadden afgestemd en de risico's van (potentiële) onderlinge mededinging in Midden IJssel welbewust hebben uitgeschakeld. Gebleken is dat de betrokken ondernemingen dit in de praktijk ook hebben gedaan. Het marktgedrag van Carint en Carinova is namelijk voortdurend in lijn geweest met hetgeen zij (in Plectrumverband) hadden afgestemd: Carint is immers, voor zover hier van belang, in de in deze zaak centraal staande periode(s) niet toegetreden tot de zorgkantoorregio Midden IJssel met betrekking tot het aanbieden van thuiszorg en heeft, alvorens wel toe te treden, hierover met Carinova overleg gevoerd.

6.1.3 Mededingingsbeperkende strekking

196. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 6, eerste lid, Mw sluit zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag (thans: artikel 101, eerste lid, VWEU). Dit geldt ook voor de in artikel 81, eerste lid, sub a tot en met e, EG-Verdrag gegeven voorbeelden van verboden concurrentiebeperkende gedragingen.¹⁵¹
197. Het Hof van Justitie heeft recentelijk geoordeeld dat er reeds sprake is van een mededingingsbeperkende strekking wanneer de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.¹⁵²
198. Zoals de communautaire rechterlijke instanties hebben vastgesteld strekt een overeenkomst ertoe de mededinging te beperken wanneer zij noodzakelijkerwijs leidt tot een beperking van de mededinging en kunnen in dat geval de partijen in beginsel niet stellen dat het niet de

¹⁵¹ De voorbeelden zijn niet overgenomen in artikel 6, eerste lid, Mw, maar zijn blijkens het gestelde in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet naar analogie van toepassing. Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p.61.

¹⁵² HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 31. Zie in deze zin ook CBB 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel B.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 7.3.2.

bedoeling was om de mededinging te beperken of dat met de overeenkomst ook een ander doel werd nagestreefd.¹⁵³ Voorts is van een mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst niet pas sprake als de eindgebruikers de voordelen van een effectieve mededinging zijn ontnomen.¹⁵⁴

199. Om de strekking van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging te bepalen, is het oogmerk of de bedoeling van de betrokken ondernemingen eveneens niet bepalend. Het volstaat dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging objectief geschikt is om de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen.¹⁵⁵ Met legitieme, subjectieve oogmerken kan rekening worden gehouden bij de beoordeling of de overeenkomst onder de vrijstelling van art. 6, derde lid, Mw valt.¹⁵⁶
200. Afspraken en afstemming van gedragingen met betrekking tot het verdelen van geografische markten hebben naar hun aard tot doel de mededinging te beperken en zijn daarom verboden.¹⁵⁷
201. Als éénmaal is gebleken dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tot doel heeft de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, behoeft op de concrete gevolgen geen acht te worden geslagen.¹⁵⁸
202. Zoals hiervoor uiteengezet, zijn Carint en Carinova binnen Plectrum een non-concurrentiebeding overeengekomen. Dit non-concurrentiebeding hield in dat ieder Plectrumlid een werkgebied kreeg toebedeeld, gebaseerd op zijn oorspronkelijke werkgebied, waarin de andere leden geen activiteiten mochten starten, ontplooiën en/of uitbouwen. De andere leden zouden - in ieder geval zonder toestemming van het 'reeds aanwezige' lid - wegblijven uit dit gebied. Het non-concurrentiebeding betrof een marktverdelingsafpraak.
203. Door het non-concurrentiebeding overeen te komen, hebben Carint en Carinova welbewust feitelijke samenwerking in de plaats gesteld van concurrentierisico's.¹⁵⁹ Zij hebben hierdoor de

¹⁵³ HvJ EG, 8 november 1983, *IAZ/Commissie*, gev. zaken 96-102 e.a., Jur. 1983, p. 3411.

¹⁵⁴ HvJ EG 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKline Services Umlimited t. Commissie*, gevoegde zaken C-501/06, C-513/06, C-515/06 en C-519/06, r.o. 63.

¹⁵⁵ HvJ EG in zaak 56/65, *Société Technique Minière*, Jur. 1966, blz. 391; zaak 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH t. Commissie*, Jur. 1978, blz. 131, r.o. 7.

¹⁵⁶ HvJ EG, *Beef Industry e.a. t. Commissie*, C-209/07, Jurispr. 2008, r.o. 21.

¹⁵⁷ Zie bijvoorbeeld de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3/2, 6 januari 2001, paragraaf 18 en GvEA in zaak T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG t. Commissie*, r.o. 129-134.

¹⁵⁸ HvJ EG, 13 juli 1966, *Etablissements Consten en Grundig-Verkaufs GmbH / Commissie*, gevoegde zaken 56 en 58/64, Jurispr. 1966, p. 516; HvJ EG 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKline Services Umlimited t. Commissie*, gevoegde zaken C-501/06, C-513/06, C-515/06 en C-519/06, r.o. 55.

¹⁵⁹ HvJ EG, 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, r.o. 64.

potentiële concurrentie tussen hen uitgeschakeld, dan wel in sterke mate beperkt. Bovendien bepaalden Carint en Carinova door het non-concurrentiebeding niet meer autonoom wat zij als commercieel aantrekkelijk en haalbaar beschouwden, om vervolgens daaruit consequenties voor hun eigen optreden te trekken.¹⁶⁰

204. In hoofdstuk 3 en 4 van dit besluit is de juridische en economische context waarin de onderhavige afspraak is gemaakt, beschreven. De Raad heeft vastgesteld dat in de in deze zaak centraal staande periode(s) de bestaande regelgeving met betrekking tot thuiszorg zowel concurrentie met betrekking tot het aanbieden van thuiszorg, als toetreding tot een andere zorgkantorregio mogelijk maakte. In deze sector bestond in de eerste plaats concurrentie om een contract met het zorgkantoor. Zoals in paragraaf 4.3 is vermeld, heeft het zorgkantoor startbudgetten aan toetreders ter beschikking gesteld. Vervolgens is er voor de organisaties die een contract met het zorgkantoor (en daarmee een budget van het zorgkantoor) verworven hebben, de concurrentie tussen hen onderling om de cliënt. Door het zorgkantoor wordt namelijk alleen uitbetaald voor de werkelijk verleende zorg; als derhalve de patiënten niet voor een organisatie kiezen of in mindere mate dan waarvan bij de contractering met het zorgkantoor is uitgegaan, zal die organisatie marktaandeel verliezen. Als de organisaties onderling afspreken dat zij niet actief zullen zijn in elkaars werkgebied maar alleen in hun eigen gebied, schakelen zij die onderlinge (potentiële) concurrentie om de cliënt uit en vergroten daarmee de kans op behoud van hun positie op de markt. Bovendien is op basis van onderzoek vastgesteld dat de betrokken ondernemingen ook daadwerkelijk potentiële concurrenten van elkaar waren met betrekking tot het aanbieden van PV & VP en HV in de regio Midden IJssel. De Raad heeft daartoe onder meer onderzocht en vastgesteld dat voldoende mogelijkheden voor een thuiszorgaanbieder bestonden tot toetreding tot de zorgkantorregio Midden IJssel.
205. Gelet op al het voorgaande, en mede gelet op het feit dat gebleken is dat een 'grote' speler in een aan de regio Midden IJssel grenzende regio de 'grootste' concurrentiedruk op bestaande thuiszorgaanbieders in de regio Midden IJssel uitoefent (zie paragraaf 4.4 van dit besluit) en dat Carint aan dit profiel voldeed, was het tussen Carint en Carinova overeengekomen non-concurrentiebeding concreet geschikt om de mededinging op de markten voor PV & VP en HV in de zorgkantorregio Midden IJssel te beperken en vervalsen. Hiermee had deze afspraak naar haar aard tot doel in deze regio de onderlinge potentiële concurrentie tussen Carint en Carinova op deze markten te verhinderen, en de mededinging op deze markten in deze regio te beperken en vervalsen.
206. Gelet op het voorgaande is het niet noodzakelijk om de gevolgen van de afspraak, zowel voor de mededinging op de markten voor HV en PV & VP in Midden IJssel, als eventuele nadelen voor de gebruikers van thuiszorg in deze regio, in de praktijk te onderzoeken. De Raad wijst er

¹⁶⁰ Zie beschikking van de Commissie van 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92, o.a. ov. 136. Zie ook GvEA EG, 21 februari 1995, zaak T-29/92, *SPO e.a. t. Commissie*, Jur. 1995, p. II-289, en HvJ EG, 25 maart 1996, C-137/95P, *SPO e.a. t. Commissie*, Jur. 1996, p. I-1611.

evenwel op dat de tussen Carint en Carinova overeengekomen non-concurrentieafspraken in de praktijk ertoe leidde dat de gebruikers van thuiszorg in Midden IJssel de (mogelijke) voordelen van een verhevigde mededinging zijn onthouden, omdat (voor zover hier van belang) Carint in de onderhavige periode(s) geen concurrentiedruk heeft uitgeoefend in de regio Midden IJssel. De gebruikers van thuiszorg in Midden IJssel konden hierdoor tevens niet voor Carint kiezen als leverancier van thuiszorg.

Zienswijzen Carinova en Carint

207. Zowel Carint als Carinova hebben aangevoerd dat geen wilsovereenstemming en geen afstemming bestond tussen hen ten aanzien van de Gedragscode. Carint, specifiek: de heer [...], zou zich hebben verzet tegen de Gedragscode c.q. het maken van een non-concurrentieafpraak. Het objectieve en subjectieve doel van Plectrum, en van de Gedragscode, was bovendien niet om de mededinging te beperken, maar om (onder meer) een krachtige positie in 'de contractering van verzekeraars en andere relevante (institutionele) partijen' te realiseren en om een concurrentiepositie van betekenis te creëren ten opzichte van bovenregionale/landelijk werkende concurrenten. Het (vermeende) non-concurrentiebeding had bovendien, gelet op de juridische en economische context, de mededinging in Midden IJssel niet in voldoende mate kunnen beperken. De NMa had volgens Carinova dan ook een 'economische effectanalyse' dienen uit te voeren.
208. De Raad wijst er allereerst op dat, uit hetgeen hiervoor in hoofdstuk 5 en paragraaf 6.1.2 is beschreven, vast is komen te staan dat in de in deze zaak centraal staande periode(s) sprake was van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging van Carint en Carinova met betrekking tot de onderlinge verdeling van hun werkgebieden voor het aanbieden van AWBZ thuiszorg. Zoals hiervoor in randnummer 177 is vermeld, is niet gebleken dat Carint (c.q. de heer [...] van Carint) zich op enig ogenblik publiekelijk – ten opzichte van enig ander lid van Plectrum – heeft gedistantieerd van de (kern van de) in Plectrumverband gemaakte non-concurrentieafpraak. Hiermee heeft de heer [...] veeleer bij de andere leden van Plectrum de indruk gewekt dat hij de (kern van de) gemaakte afspraak onderschreef.¹⁶¹ De stilzwijgende instemming en/of goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet openlijk afstand wordt genomen en dat niet bij de bevoegde autoriteit wordt aangegeven, leidt ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid leidt op zijn minst tot een passieve deelname aan de onrechtmatige afspraak waarvoor Carint in het kader van één enkele inbreuk aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁶² Gelet op hetgeen in hoofdstuk 5 is beschreven, moet echter worden geconcludeerd dat Carint veeleer 'actief' het non-concurrentiebeding heeft opgesteld en, zowel in Plectrumverband als 'intern', heeft onderschreven en uitgevoerd.

¹⁶¹ GvEA 5 december 2006, zaak T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland B.V. t. Commissie*, r.o. 77 en 103.

¹⁶² HvJ EG, 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., *Aalborg Portland A/S e.a. t. Commissie*, Pb C59/1, r.o. 84.

209. Zoals hiervoor vermeld, is voor het bepalen van de strekking van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet van belang wat het oogmerk of de bedoeling van de betrokken ondernemingen hierbij was. Volgens vaste jurisprudentie is het niet nodig te bewijzen dat de betrokken ondernemingen de subjectieve intentie hadden om de mededinging te beperken.¹⁶³ Die intentie kan echter wel een relevante factor voor de beoordeling zijn¹⁶⁴ en was in de onderhavige zaak ook aanwezig, zoals blijkt uit de in hoofdstuk 5 weergegeven documenten en verklaringen. Het volstaat dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging van dien aard is dat zij de mededinging verhindert, beperkt of vervalst. De Raad heeft, op basis van hetgeen hiervoor in hoofdstuk 3 en 4 en randnummers 200-204 van dit besluit is beschreven, vastgesteld dat de onderhavige non-concurrentieafspraken concreet geschikt was om de mededinging in de regio Midden IJssel met betrekking tot het aanbieden van PV & VP en HV te beperken. Carint is op grond van deze afspraak gedurende de inbreukperiode(s) niet in het werkgebied van Carinova actief geworden, waardoor Carint en Carinova in de hier centraal staande periode(s) in de regio Midden IJssel niet met elkaar concurreerden en cliënten in deze regio niet de keus hadden tussen Carinova en Carint, maar gedwongen waren zich te richten tot bestaande aanbieders van thuiszorg in Midden IJssel.¹⁶⁵ Hiermee had deze afspraak naar haar aard tot doel de onderlinge potentiële concurrentie op deze markten te verhinderen, en de mededinging op genoemde markten in Midden IJssel te beperken dan wel te vervalsen. Het was, gelet hierop, niet nodig om - voor de vaststelling van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw - een 'economische effectanalyse' uit te voeren, zoals Carinova heeft aangevoerd.

Tussenconclusie

210. De Raad komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat de tussen Carint en Carinova overeengekomen non-concurrentieafspraken, bezien in de juridische en economische context van de onderhavige zaak, ertoe strekte de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

6.1.4 Merkbaarheid

211. Zoals hiervoor weergegeven, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht wanneer, zoals in de onderhavige zaak, is vastgesteld dat een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen.¹⁶⁶ Een dergelijke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging ontkomt slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer zij,

¹⁶³ Zie HvJ EG, *Société Technique Munière*, zaak 56/65, Jur. 1966, blz. 391; zaak 19/77, *Miller International Schalplatten GmbH t. Commissie*, Jurispr. 1978, p. 131, r.o. 7.

¹⁶⁴ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, Mededeling van de Commissie PB EU 27.4.2004, C 101/97, randnummer 22.

¹⁶⁵ Zie HvJ EG, 8 november 1983, *IAZ/Commissie*, gev. zaken 96-102 e.a., Jur. 1983, p. 3411.

¹⁶⁶ Zie noot 158.

wegens de zwakke positie van partijen op de relevante markt, de mededinging op de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.¹⁶⁷

212. Bij de toetsing aan het merkbaarheidsvereiste moet rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.¹⁶⁸
213. De Raad is van oordeel dat het onderhavige non-concurrentiebeding de mededinging in de zorgkantoorregio Midden IJssel niet slechts in geringe mate heeft kunnen beperken of vervalsen. Hiertoe is het volgende van belang.
214. Carinova is allereerst, zoals hiervoor is gebleken, (veruit) de grootste aanbieder van zowel PV & VP als HV in de zorgkantoorregio Midden IJssel. Gedurende de gehele inbreukperiode waren haar marktaandelen in deze regio stabiel en zeer hoog. Zoals in paragraaf 4.2 weergegeven, bedroeg het marktaandeel van Carinova voor HV in 2005 [80-90]% en in 2006 [80-90]%. Voor PV & VP was het marktaandeel van Carinova in 2005 [70-80]%, in 2006 [70-80]% en in 2007 [70-80]%. Gelet op deze zeer grote marktaandelen van Carinova in Midden IJssel in de in deze zaak centraal staande jaren, moet reeds worden geconcludeerd dat van een zwakke positie van de bij de onderhavige afspraak betrokken ondernemingen geen sprake was.
215. Hiernaast is van belang dat in het in de onderhavige zaak verrichte onderzoek gebleken is dat andere, aanzienlijk kleinere partijen binnen de zorgkantoorregio Midden IJssel, mede gelet op de zeer sterke marktpositie van Carinova in Midden IJssel, geringe concurrentiedruk (op Carinova) uitoefenden.¹⁶⁹ Evenmin is vast komen te staan dat verlening van thuiszorg gefinancierd door houders van een persoonsgebonden budget de marktpositie van Carinova onder druk heeft gezet. In deze situatie dient een zwaar gewicht te worden toegekend aan de concurrentiedruk die thuiszorgverleners in aan Midden IJssel grenzende regio's uitoefenen. Mede gezien het feit dat de actuele concurrentie in Midden IJssel beperkt was, was sprake van meer dan geringe druk op het marktgedrag van bestaande thuiszorgverleners in Midden IJssel door potentiële concurrenten.
216. Uit paragraaf 4.4 van dit besluit volgt dat de meest belangrijke potentiële concurrenten van Carinova, partijen waren die in de directe nabijheid van de zorgkantoorregio Midden IJssel opereerden en beeldbepalende, grotere spelers waren en dat Carint gedurende de periode 2005-2008 aan dit profiel voldeed. Carint had immers een substantiële omvang met het verlenen van thuiszorg in een regio die grenst aan het werkgebied van Carinova in de

¹⁶⁷ Zie CBb, 31 december 2007, *Mobiele Operators*, AWB 06/657, r.o. 9.5.4. en CBb, 7 december 2005, *Secom en G-Star/Basilicum en Chilly*, AWB 04/237 en 04/249, r.o. 6.5.

¹⁶⁸ CBb 7 december 2005 *Secom Group B.V. en G-star International*, zaken AWB 04/237, AWB 04/249, LJN: AU 8309.

¹⁶⁹ Zie paragraaf 4.2 van dit besluit.

zorgkantoorregio Midden IJssel. Hiernaast is vast komen te staan dat sprake was van een situatie met – naast Carint – slechts een beperkt aantal andere potentiële concurrenten die eveneens aan het profiel van een belangrijke potentiële concurrent voldeden (zie paragraaf 4.4.4. van dit besluit).

217. Door – middels het onderhavige non-concurrentiebeding – uit te sluiten dat Carint concurrentiedruk uitoefende op de bestaande aanbieders van thuiszorg in Midden IJssel, was het beding, gelet op de hiervoor beschreven (economische) context, geschikt om de mededinging op de markten voor AWBZ thuiszorg in de zorgkantoorregio Midden IJssel op merkbare wijze te beperken. Het onderhavige non-concurrentiebeding heeft, gelet op het voorgaande, een beschermende invloed gehad op de - reeds sterke - positie van Carinova met betrekking tot het aanbieden van PV & VP en HV in Midden IJssel. Carinova heeft door haar afspraak met Carint in deze regio een potentiële concurrent van niet te verwaarlozen omvang uitgeschakeld. De Raad concludeert dan ook dat het non-concurrentiebeding geschikt was om tot een meer dan geringe beperking van de mededinging op de markten voor PV & VP en HV in Midden IJssel te leiden.

Zienswijze Carinova en Carint

218. Carinova en Carint stellen dat Carint minder concurrentiedruk uitoefende dan is beschreven in het rapport. De werkgebieden van Carint en Carinova zouden allereerst niet aan elkaar grenzen: Carinova is van oudsher actief in de gemeente Holten, terwijl Carint van oudsher actief is in de gemeente Hof van Twente. Tussen beide gebieden ligt de voormalige gemeente Rijssen. De 'focus' van Carint zou bovendien zijn gericht op versterking en uitbreiding van haar positie in Twente en niet op Midden IJssel. Hierbij was mede van belang dat tussen de verstedelijkte gebieden in Twente en Deventer vijftig kilometer ligt en het voor Carint dan ook niet zo gemakkelijk was om haar werkgebied richting Deventer uit te breiden. Dit zou te meer gelden omdat thuiszorgmedewerkers in de directe omgeving van hun cliënten woonachtig zijn.
219. Volgens Carinova en Carint was de concurrentiedruk van andere spelers, zoals Sensire, Vèrian en Zorggroep Solis, die van oudsher in Midden IJssel actief zouden zijn en daarmee actuele concurrenten van Carinova zouden zijn, veel groter. Voorts dienen ook Icare en TSN in aanmerking te worden genomen als potentiële concurrenten die een aanzienlijke concurrentiedruk op Carinova uitoefenen. Vanwege de zwakke positie van Carint in de AWBZ regio Midden IJssel en de aanwezigheid van diverse andere actuele concurrenten op deze relevante geografische markt zou het (vermeende) non-concurrentiebeding de mededinging nimmer merkbaar hebben kunnen beperken.
220. De Raad verwijst allereerst naar hetgeen hiervoor in paragraaf 4.4.4. is overwogen en waaruit de Raad heeft geconcludeerd dat Carint gedurende de periode 2005-2008 één van de weinige grote potentiële concurrenten van Carinova was, met name gelet op de substantiële omvang die zij had met het verlenen van thuiszorg in een regio die grenst aan het werkgebied van Carinova in de zorgkantoorregio Midden IJssel. De stelling dat de werkgebieden van Carint en

Carinova niet aan elkaar grensden, is feitelijk onjuist. Uit de als **bijlage** bij dit besluit gevoegde overzichtskaarten van de werkgebieden van Carint en Carinova in de in deze zaak centraal staande jaren volgt dat de gemeente Hof van Twente, waarin Carint van oudsher actief is, grenst aan de voormalige gemeente Holten, waarin Carinova actief was. Tussen beide gemeenten ligt niet de voormalige gemeente Rijssen. Hierbij is mede van belang dat de afstand tussen beide plaatsen gering is (deze bedraagt ongeveer vijftien kilometer). Gelet hierop, en mede gelet op de financiële omvang van Carint, valt niet in te zien dat Carint niet in (bijvoorbeeld) Holten, en daarmee in de regio Midden IJssel, in meer dan geringe mate actief had kunnen worden en dat, gelet hierop, de (potentiële) concurrentiedruk van Carint in deze regio gering was.

221. De Raad volgt Carint en Carinova eveneens niet in hun standpunt dat de 'focus' van Carint in Twente en niet in Midden IJssel lag, en dat Carint om deze reden minder concurrentiedruk uitoefende op thuiszorginstellingen in Midden IJssel. De Raad verwijst op dit punt allereerst naar de verklaring van de heer [...] inhoudende dat Carint voor Carinova een bedreiging vormde.¹⁷⁰ Uit diverse, in hoofdstuk 5 weergegeven, stukken volgt dat Carint begin 2007 voornemens was om toe te treden tot Midden IJssel, allereerst door op de WMO aanbesteding in de gemeente Deventer in te schrijven.¹⁷¹ In het najaar van 2007 heeft Carint bovendien met het zorgkantoor Midden IJssel contact opgenomen teneinde een contract met betrekking tot (AWBZ) PV & VP te krijgen. Hieruit volgt dat bij Carint serieuze belangstelling bestond voor toetreding tot de thuiszorgmarkten in Midden IJssel. Dat Carint niet in een eerder stadium deze belangstelling heeft getoond, kan naar het oordeel van de Raad worden verklaard door het binnen Plectrum overeengekomen non-concurrentiebeding op grond waarvan Carint gehouden was (in ieder geval zonder toestemming van Carinova) niet tot deze regio toe te treden met het aanbieden van thuiszorg. Gelet op het voorgaande, valt niet in te zien dat door Carint slechts beperkt (potentiële) concurrentiedruk werd uitgeoefend op Carinova en andere bestaande thuiszorgverleners in Midden IJssel.
222. Naar het oordeel van de Raad is voor de vaststelling dat de onderhavige non-concurrentieafpraak geschikt was om tot een merkbare beperking van de mededinging op de AWBZ thuiszorgmarkten in Midden IJssel te leiden primair van belang dat Carinova de veruit grootste thuiszorgaanbieder in Midden IJssel was, waardoor de actuele mededinging op de thuiszorgmarkten in deze regio beperkt was en dat Carint één van de weinige grotere potentiële concurrenten in deze regio was (zie paragraaf 4.4.4), waardoor ten gevolge van deze afspraak de 'grotere' concurrentiedruk die Carint zonder de afspraak zou hebben uitgeoefend op Carinova en andere thuiszorgaanbieders in Midden IJssel weggevallen is. Zelfs als enkele andere thuiszorgaanbieders, zoals Sensire, Vérían en Zorggroep Solis in Midden IJssel - als actuele of potentiële concurrenten - eveneens concurrentiedruk op Carinova uitoefenden, en als Icare en TSN voorts als potentiële concurrenten dienden te worden beschouwd die een aanzienlijke concurrentiedruk op Carinova konden uitoefenen, doet dit aan

¹⁷⁰ Verklaring van de heer [...] d.d. 29 januari 2009, bijlage bij documentnummer 6274/256, p.9.

¹⁷¹ Zie bijvoorbeeld de notulen van de vergadering van Carint van 20 februari 2007, als weergegeven in randnr. 158 van dit besluit.

het voorgaande niet af. De Raad wijst er hierbij op dat hij bij zijn beoordeling de marktpositie en de concurrentiedruk van grotere thuiszorgaanbieders als Sensire, Icare, Vérían en TNWT reeds in aanmerking heeft genomen (zie paragraaf 4.4.4).

Tussenconclusie

223. Op grond van het voorgaande is de Raad van oordeel dat het non-concurrentiebeding geschikt was om de mededinging op de markten voor het aanbieden van PV & VP en HV in Midden IJssel in merkbare mate te beperken. Om deze reden is deze afspraak in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.

6.2 Artikel 6, derde lid, Mw

224. In artikel 6, derde lid, Mw, is een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw opgenomen. Op grond van artikel 6, vierde lid, Mw dient een onderneming die zich op artikel 6, derde lid, Mw beroept, te bewijzen dat aan de vereisten van dat lid is voldaan. Carinova noch Carint hebben zich op deze uitzondering beroepen. Desalniettemin zal de Raad hierna (ten overvloede) bezien of de onderhavige non-concurrentieafspraken voldoet aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.
225. Ingevolge artikel 6, derde lid, Mw geldt het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.¹⁷² Uit de tekst van deze uitzonderingsbepaling volgt dat de hierin opgenomen voorwaarden cumulatieve voorwaarden zijn.
226. De Raad merkt vooraf op dat het onderhavige non-concurrentiebeding, dat een onderlinge verdeling van de werkgebieden van de leden van Plectrum inhield, er toe strekte de mededinging te beperken en als 'hard core' overtreding van de verbodsbepaling van artikel 6, eerste lid, Mw dient te worden beschouwd. Aangenomen dient te worden dat dergelijke overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. Dergelijke afspraken komen doorgaans niet in aanmerking voor een beroep op de uitzonderingsregeling neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw, nu zij in het algemeen niet voldoen aan de eerste twee voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.¹⁷³
227. Zoals in hoofdstuk 5 van dit besluit is weergegeven, is het onderhavige non-concurrentiebeding tussen Carint en Carinova in Plectrumverband overeengekomen. Van

¹⁷² Artikel 6, derde lid, Mw, respectievelijk artikel 81, derde lid, EG (thans artikel 101, derde lid, VWEU) juncto artikel 1, tweede lid, Verordening 1/2003.

¹⁷³ Vergelijk Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, EG (thans artikel 101, derde lid VWEU), Pb. C 101/97, 27 april 2004, randnummer 46.

belang is dat – hoewel het non-concurrentiebeding, zoals hiervoor gebleken is, volledig zelfstandig is toegepast door Carint en Carinova – geen van de (in de loop der tijd) door de Plectrumleden beoogde samenwerkingsvormen op enig ogenblik tot stand is gekomen. Specifiek van belang is dat zowel het door de Plectrum leden beoogde gezamenlijke verkoopplatform richting verzekeraars, als de daarbij behorende franchiseformule nimmer zijn opgericht. Hieruit volgt dat niet valt in te zien dat het onderhavige non-concurrentiebeding bijgedragen heeft tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, waarvan een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede gekomen is.

228. De Raad concludeert op grond van het bovenstaande dat aan de eerste en tweede voorwaarde van artikel 6, derde lid, Mw niet is voldaan. Toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, Mw komt daarom niet in aanmerking.

Conclusie

229. De Raad concludeert dat de onderhavige overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging naar haar aard tot doel had de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en dat aan de voorwaarden (voor het van toepassing zijn) van artikel 6, derde lid, Mw niet is voldaan.
230. Een onderneming die deelneemt - in welke vorm dan ook - aan een met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige inbreuk door handelingen die bijdragen tot de verwezenlijking van een gemeenschappelijke doelstelling, is aansprakelijk voor de gehele duur van haar deelname aan de gemeenschappelijke actie, voor de gedragingen van de andere ondernemingen in het kader van dezelfde inbreuk. Dit is zeker het geval wanneer vaststaat dat de deelnemende onderneming de onwettige gedragingen van de andere deelnemer kende of deze redelijkerwijs had kunnen voorzien of kennen, en bereid was het risico ervan te aanvaarden.¹⁷⁴
231. Op grond van hoofdstuk 5 staat vast dat zowel Carint als Carinova gedurende de gehele duur van de onderhavige periode(s) bekend waren met het non-concurrentiebeding. Zij zijn dan ook aansprakelijk voor de gehele duur van hun deelname aan de onderhavige non-concurrentieafspraken.

6.3 Duur van de overtreding

Zienswijzen Carinova en Carint

232. Carinova heeft in haar zienswijze ten aanzien van de aanvangsdatum van de overtreding aangevoerd dat een non-concurrentieafspraken niet eerder dan 16 maart 2007 kan zijn aangevallen, aangezien op deze datum Carint in een Plectrumvergadering verslag had gedaan van haar besluit om haar aandelen in VVT aan TNWT over te dragen. Hiervoor

¹⁷⁴ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 83 en beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PbEG 2003 L6/1, ov. 562.

bestond volgens Carinova geen wilsovereenstemming tussen Carint en Carinova ten aanzien van een non-concurrentiebeding. Ten aanzien van de einddatum van de overtreding op het gebied van HV is Carinova van oordeel dat deze op 28 maart 2007 is geëindigd, omdat Carint op deze datum een offerte heeft ingediend bij de gemeente Deventer voor levering van HV in deze gemeente. Ten aanzien van de einddatum van de overtreding op het gebied van PV & VP is Carinova van oordeel dat deze op 3 december 2007 is geëindigd, omdat Carint op deze datum een offerte heeft ingediend bij het zorgkantoor Midden IJssel voor levering van PV & VP in deze regio.

233. Volgens Carint werd voor de eerste keer verwezen naar een non-concurrentiebeding in notulen van de Plectrum vergadering van 23 juni 2005. Het is om deze reden niet juist om 1 januari 2005 als aanvangsdatum van de overtreding aan te merken. Carint stelt voorts dat, als al sprake is geweest van een non-concurrentiebeding, deze in 'de herfst van 2006' is komen te vervallen, toen Carinova meedeed aan de aanbesteding in de Hof van Twente, dan wel in februari 2007, toen Carint besloot mee te doen aan de (WMO) aanbesteding in Deventer. De afspraak moet volgens Carint in ieder geval geacht worden vervallen te zijn op het moment dat de activiteiten van Plectrum zijn gestaakt, te weten: in 'de herfst van 2007'.

Oordeel Raad

234. Zoals in hoofdstuk 5 van dit besluit is vermeld, heeft de stuurgroep van Plectrum, waarvan de heer [...] van Carint deel uit maakte, op 29 april 2005 een memo opgesteld aan de leden van Plectrum waarin – onder het kopje '*Grootte van het werkgebied*' – (voor zover hier van belang) is vermeld dat een non-concurrentiebeding tussen de leden van Plectrum geldt en dat alleen wanneer een lid akkoord gaat met een concurrerend aanbod van een mede-lid '*onthefing*' mogelijk is. Deze door de stuurgroep voorgestane regel werd door Carinova - als een binnen Plectrum bestaande regel - aangehaald in een verslag van een (intern) managementoverleg 'DMO' van 1 juni 2005.
235. De Raad leidt uit het voorgaande af dat (in ieder geval) vanaf 1 juni 2005 (wils)overeenstemming bestond tussen Carint en Carinova met betrekking tot het onderhavige non-concurrentiebeding (inhoudende dat Carint en Carinova gehouden waren om, zonder toestemming van een ander lid van Plectrum, geen thuiszorg aan te bieden in het werkgebied waarin het andere lid van oudsher actief is), althans dat beide betrokken ondernemingen hun marktgedrag op dit punt vanaf deze datum onderling hebben afgestemd. Voor de goede orde verwijst de Raad naar hetgeen hiervoor in hoofdstuk 5 is beschreven, waaruit volgt dat het (bestaan van het) non-concurrentiebeding na deze datum door de Plectrumleden, en Carint en Carinova in het bijzonder, diverse malen is herhaald en herbevestigd. De overtreding is derhalve aangevangen op 1 juni 2005.
236. Met de toepassing van de WMO door de gemeente Deventer hebben de betrokken ondernemingen hun gebiedsverdeling met betrekking tot HV beëindigd. Hoewel de aanbestedingsprocedure van deze gemeente al in de eerste helft van 2007 heeft plaats gevonden, heeft het effect van de overtreding met betrekking tot HV voortgeduurd tot

1 juli 2007. Tot deze datum bood Carint immers geen HV in de gemeente Deventer aan. Met ingang van 1 juli 2007 had Carint een contract met de gemeente Deventer voor het aanbieden van HV en heeft zij zich gereed gemaakt om huishoudelijke verzorging thuis in deze gemeente aan te kunnen bieden. Op deze datum eindigde dan ook naar het oordeel van de Raad de overtreding van Carint en Carinova met betrekking tot HV.

237. Hoewel Carint zich reeds in het najaar 2007 tot het zorgkantoor van de regio Midden IJssel heeft gewend, bood zij tot 1 juni 2008 geen PV & VP in de zorgkantorregio Midden IJssel aan. Met ingang van 1 juni 2008 had Carint een contract met het zorgkantoor van de regio Midden IJssel voor het aanbieden van PV & VP en heeft zij zich gereed gemaakt om PV & VP in deze regio aan te kunnen bieden. Het effect van de overtreding met betrekking tot PV & VP heeft dan ook voortgeduurd tot deze datum. Op 1 juni 2008 eindigde mitsdien naar het oordeel van de Raad de overtreding van Carint en Carinova met betrekking tot PV & VP.

7 TOEREKENING

238. Ingevolge artikel 62, tweede lid, sub d, Mw moet in het besluit (onder meer) worden vermeld welke ondernemingen de overtreding hebben begaan, respectievelijk aan welke natuurlijke personen of rechtspersonen de overtreding kan worden toegerekend.
239. De Stichting Carinova te Deventer is op 8 mei 2002 opgericht.¹⁷⁵ Per 28 juni 2006 is Stichting Carinova Leiboom Groep te Deventer enig bestuurder van Stichting Carinova geworden.
240. Over de situatie van 'bestuurderstichting' Stichting Carinova Leiboom Groep en haar 'dochterstichting' Stichting Carinova, wordt het volgende opgemerkt. De rechtspersoon die een overtreding feitelijk heeft gepleegd, kan hiervoor aansprakelijk worden gehouden. Indien deze rechtspersoon echter niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar handelt volgens instructies die door de statutair bestuurder worden gegeven, vormt zij samen met haar statutair bestuurder een economische eenheid en daarom één onderneming in mededingingsrechtelijke zin en worden de gedragingen van de dochtermaatschappij ook aan haar statutair bestuurder toegerekend. Dit is vanaf 28 juni 2006 het geval bij Stichting Carinova en haar 'bestuurderstichting' Stichting Carinova Leiboom Groep, aangezien laatstgenoemde stichting vanaf deze datum de enig bestuurder is van Stichting Carinova.
241. Gelet op het voorgaande, stelt de Raad vast dat de economische entiteit bestaande uit Stichting Carinova te Deventer vanaf 1 juni 2005 tot en met 27 juni 2006 artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden en dat de economische entiteit bestaande uit Stichting Carinova en Stichting Carinova Leiboom Groep te Deventer vanaf 28 juni 2006 tot 1 juni 2008 artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden.

¹⁷⁵ Documentnummer 6274/418.

242. De overtreding die in de periode van 1 juni 2005 tot en met 27 juni 2006 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carinova te Deventer, kan aan de Stichting Carinova worden toegerekend. De overtreding die in de periode vanaf 28 juni 2006 tot 1 juni 2008 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carinova en Stichting Carinova Leiboom Groep, kan aan de Stichting Carinova en de Stichting Carinova Leiboom Groep worden toegerekend.
243. De Stichting Carint te Hengelo is op 15 december 2000 opgericht.¹⁷⁶ Per 7 juli 2006 is Stichting Carint-Reggeland Groep te Hengelo opgericht en enig bestuurder van Stichting Carint geworden. Op 20 december 2007 zijn Stichting Carint-Reggeland Groep en Stichting Carint verkregen door de Stichting Carint Wonen. Stichting Carint-Reggeland Groep en Stichting Carint zijn op 20 december 2007 opgeheven. De Stichting Carint Wonen heeft op 20 december 2007 haar naam gewijzigd in Stichting Carint-Reggeland Groep.¹⁷⁷ Deze Stichting Carint-Reggeland Groep is een andere rechtspersoon dan de Stichting Carint-Reggeland Groep die op 7 juli 2006 werd opgericht en in de periode vanaf 7 juli 2006 tot en met 19 december 2007 enig bestuurder van de Stichting Carint te Hengelo was.
244. Gelet op het voorgaande, stelt de Raad vast dat in de periode vanaf 1 juni 2005 tot en met 6 juli 2006 de economische entiteit bestaande uit Stichting Carint te Hengelo artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden, alsmede dat in de periode van 7 juli 2006 tot en met 19 december 2007 de economische entiteit bestaande uit Stichting Carint en Stichting Carint-Reggeland Groep te Hengelo artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden. In de periode vanaf 20 december 2007 tot 1 juni 2008 heeft de Stichting Carint Wonen te Hengelo, inmiddels Stichting Carint-Reggeland Groep genaamd, artikel 6, eerste lid, Mw overtreden.
245. De overtreding die in de periode vanaf 1 juni 2005 tot en met 6 juli 2006 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carint te Hengelo, kan aan de Stichting Carint Wonen, inmiddels Stichting Carint-Reggeland Groep genaamd, worden toegerekend, aangezien deze Stichting Carint-Reggeland Groep de rechtsopvolger is van de Stichting Carint. De overtreding die in de periode vanaf 7 juli 2006 tot en met 19 december 2007 is begaan door de economische entiteit bestaande uit Stichting Carint en Stichting Carint-Reggeland Groep te Hengelo, kan aan de Stichting Carint Wonen, inmiddels Stichting Carint-Reggeland Groep genaamd, worden toegerekend, aangezien deze Stichting Carint-Reggeland Groep de rechtsopvolger is van de Stichting Carint en de Stichting Carint-Reggeland Groep. De overtreding die in de periode vanaf 20 december 2007 tot 1 juni 2008 is begaan door de Stichting Carint-Reggeland Groep, kan aan deze stichting worden toegerekend.

¹⁷⁶ Documentnummer 6274/418.

¹⁷⁷ Documentnummer 6274/498.

8 SANCTIE

Juridisch kader

246. Ingevolge artikel 56, eerste lid Mw heeft de Raad bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mw de bevoegdheid een boete op te leggen. Volgens artikel 57, tweede lid, Mw houdt de Raad bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.
247. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Raad op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld. Deze zijn sinds 1 juli 2007 opgenomen in de 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de Boetecode).¹⁷⁸ Gedurende de overtreding en voor zover van belang voor de boetetoemeting in de onderhavige zaak zijn de beleidsregels ongewijzigd gebleven.
248. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met de duur van de overtreding wordt in de Boetecode rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt.
249. Randnummer 12 van de Boetecode geeft, voor zover hier van belang, aan dat bij overtredingen van artikel 6 van de Mededingingswet de boetegrondslag wordt afgeleid uit de betrokken omzet. Hoe hoger de betrokken omzet, des te groter de weerslag op de economie die de overtreding in het algemeen kan hebben, waaronder het met de overtreding mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s). De boetegrondslag wordt derhalve hoger naarmate de duur en de omvang van de bij de overtreding betrokken economische activiteiten toenemen en daarmee de bedoelde (potentiële) weerslag op de economie van de overtreding. Voorts komt, indien de overtreding door meerdere overtreders is begaan, het aandeel van de afzonderlijke overtreders in deze (potentiële) weerslag op de economie tot uitdrukking. Dit alles draagt bij aan een evenredige boete met afschrikwekkende werking.
250. Op grond van randnummer 53 stelt de Raad de boete vast volgens de Boetecode en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de Boetecode afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt. Daarnaast is van belang dat de Raad ingevolge artikel 4:84 Awb overeenkomstig de Boetecode dient te handelen, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.

¹⁷⁸ Op 1 juli 2007 is de Boetecode in werking getreden (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123), naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2007 (Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196), in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (Stb. 2007, 284).

Betrokken omzet en boetgrondslag

251. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetgrondslag. Uit randnummer 21 van de Boetecode volgt dat de Raad de boetgrondslag in het geval als het onderhavige baseert op de betrokken omzet van de overtreder. De betrokken omzet wordt in randnummer 1, aanhef onder d, van de Boetecode gedefinieerd als *'de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen'*.
252. Gelet op het voorgaande wordt de betrokken omzet voor Carinova vastgesteld op de waarde van alle transacties die vanaf 1 juni 2005 door Stichting Carinova, en vanaf 28 juni 2006 door Stichting Carinova en Stichting Carinova Leiboom Groep tezamen, in de thuiszorgregio Midden IJssel zijn verricht op het gebied van het verlenen van huishoudelijke verzorging in de periode tot 1 juli 2007 en op het gebied van persoonlijke verzorging en verpleging in de periode tot 1 juni 2008. Carinova heeft inzicht verschaft in de waarde van de hierboven genoemde transacties.¹⁷⁹ Deze bedraagt [VERTROUWELIJK]. De Raad heeft geen aanleiding om aan de juistheid hiervan te twijfelen.
253. Carint is in bovengenoemde periode(s) – uit hoofde van de in deze zaak centraal staande non-concurrentieafpraak – niet toegetreden tot de thuiszorgregio Midden IJssel en heeft mitsdien in die periode(s) in deze regio geen omzet behaald. De betrokken omzet van Carint is derhalve – uitgaande van bovenvermelde definitie – nihil.
254. De Raad is van oordeel dat toepassing van bovenstaande methode voor de bepaling van de betrokken omzet van Carint tot een onevenredig lage boete leidt. De Raad acht het – mede uit oogpunt van preventieve werking – passend om de hoogte van de betrokken omzet van Carint vast te stellen op 30% van de hoogte van de betrokken omzet van Carinova, welke omzet dient te worden beschouwd als de ten gevolge van de onderhavige overtreding 'beschermde omzet'. De hoogte van de betrokken omzet van Carint bedraagt aldus [VERTROUWELIJK].
255. De Raad gaat derhalve uit van de volgende betrokken omzet per onderneming:
- | | |
|----------|---------------|
| Carinova | VERTROUWELIJK |
| Carint | VERTROUWELIJK |
256. Randnummer 22 van de Boetecode bepaalt dat wordt uitgegaan van een boetgrondslag van 10% van de "betrokken omzet". De boetgrondslag bedraagt derhalve voor de betrokken ondernemingen:
- | | |
|----------|---------------|
| Carinova | VERTROUWELIJK |
| Carint | VERTROUWELIJK |

¹⁷⁹ Documentnummer 6274/538.

De ernst van de overtreding

257. De Raad wijst er allereerst op dat de Boetecode 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen onderscheidt (randnummers 27-30). Bij een minder zware overtreding wordt de vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst van de overtreding gesteld op een waarde van ten hoogste 1; bij een zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2; bij een zeer zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3 (randnummer 32 van de Boetecode). In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt de Raad het navolgende in acht.
258. De Boetecode noemt in randnummer 28 als voorbeeld van 'zeer zware overtredingen' onder meer horizontale marktverdelingsafspraken. De Raad acht in het onderhavige geval echter termen aanwezig om de overtreding van artikel 6 Mw als 'zwaar' te kwalificeren. In verschillende opzichten acht de Raad de onderhavige marktverdeling niet gelijk te stellen met 'klassieke' heimelijke kartels waarin afspraken worden gemaakt en gehandhaafd omtrent prijzen en productie welke op basis van ervaring vrijwel zeker tot prijsopdrijving leiden.
259. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad rekening met de concrete economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De Raad kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten (randnummer 31 van de Boetecode).
260. De Raad neemt de volgende factoren in aanmerking die de ernst van de overtreding onderstrepen. Ten eerste nemen de betrokken ondernemingen - ten gevolge van de marktpositie van Carinova - een sterke marktpositie in Midden IJssel in. Ten tweede frustreren de betrokken ondernemingen met hun handelwijze de door de wetgever beoogde ontwikkeling van marktwerking in de AWBZ-zorg, en dat in een fase waarin deze nog kwetsbaar is. De beperkte ruimte die voor concurrentie is gecreëerd, werd door de onderhavige gedragingen weer ingeperkt. Ten derde zijn de cliënten van de thuiszorginstellingen in de regio Midden IJssel door de verboden gedragingen in hun keuzevrijheid beperkt, zij hadden althans niet de mogelijkheid om thuiszorg af te nemen van Carint. Dat geldt niet enkel voor de cliënten met een PGB, maar ook voor de cliënten die zorg in natura ontvangen, aangezien deze in principe de keuze hebben tussen alle door het zorgkantoor gecontracteerde aanbieders. Ten vierde werd ook het zorgkantoor Midden IJssel zelf beperkt in zijn keuze.
261. Op grond van het feit dat twee grote thuiszorgverleners, waarvan één (Carinova) de grootste speler in de regio Midden IJssel was en de ander (Carint), gelet op zijn grootte in een aangrenzend werkgebied, reële concurrentiedruk in deze regio uit kon oefenen, gedurende de inbreukperiode de confrontatie met elkaar uit de weg gingen, acht de Raad het aannemelijk dat de actuele concurrentiedruk in de regio Midden IJssel zodanig verzwakt was dat sprake was van een verlies van doelmatigheid en uiteindelijk mogelijk ook de kwaliteit bij de

dienstverlening door Carinova in de regio Midden IJssel. Daar staat tegenover dat het zorgkantoor in het kader van de AWBZ beschikt over mogelijkheden om de concurrentie aan te wakkeren en de concurrentiebeperving tussen betrokken ondernemingen te ondermijnen of zelfs teniet te doen, met name door het stimuleren van nieuwe toetreding.

262. Voor alle duidelijkheid merkt de Raad op dat de op te leggen boetes zien op de mededingingsbepervende elementen in de afspraken die strekken tot bestendinging van de hiermee gecreëerde allocatie van middelen over de betrokken ondernemingen en de afbakening van werkgebieden.
263. Het bovenstaande in overweging nemende en het geheel der factoren afwegende, gaat de Raad uit van een zware overtreding waarvoor de rekenfactor van 1,0 gepast is.

Zienswijze Carinova

264. Carinova heeft aangevoerd dat de (vermeende) afspraak geen effect op de mededinging kon hebben of heeft gehad. De NMa zou dan ook moeten afzien van het opleggen van een boete.
265. De Raad volgt Carinova niet in haar zienswijze. Naast hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de ernst van de overtreding, wijst de Raad op zijn conclusie, zoals hiervoor in paragraaf 6.1 weergegeven, dat het non-concurrentiebeding geschikt was om de mededinging op de markten voor het aanbieden van PV & VP en HV in Midden IJssel in merkbare mate te beperken. Naar het oordeel van de Raad valt dan ook niet in te zien dat de Raad zou dienen af te zien van het opleggen van een boete.
266. Gelet op het voorgaande wordt de boete - met inachtneming van randnummer 32 van de Boetecode, maar zonder toepassing van randnummers 47, 48 en 49 bij boeteverhogende of -verlagende omstandigheden - berekend door de boetegrondslag met een factor 1,0 te vermenigvuldigen:

Carinova	VERTROUWELIJK
Carint	VERTROUWELIJK

Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

267. Zoals in randnummer 47 van de Boetecode is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling in voorkomend geval boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.
268. De Raad acht geen boeteverhogende omstandigheden in de zin van randnummer 48 van de Boetecode aanwezig.
269. Ten aanzien van Carinova acht de Raad geen boeteverlagende omstandigheden in de zin van randnummer 49 van de Boetecode aanwezig.

270. Carint heeft aangevoerd dat de vermeende overtreding reeds was beëindigd voordat de NMa haar onderzoek startte.
271. De Raad stelt voorop dat Carint niet heeft aangetoond dat aan haar zijde sprake was van een doelbewuste beëindiging van de overtreding uit eigen beweging wegens het verboden karakter van de overtreding. Het beëindigen van de overtreding voor aanvang van het onderzoek van de NMa rechtvaardigt bovendien op zichzelf geen boeteverlaging. De Raad overweegt daartoe dat kartelinbreuken naar hun aard zeer ernstige schendingen van de Mededingingswet zijn. Ondernemingen die deelnemen aan kartelinbreuken realiseren zich doorgaans goed dat zij bij onrechtmatige gedragingen zijn betrokken. De Raad benadrukt dat Carint destijds niet onkundig kon zijn van het verboden karakter van de onderhavige afspraak en doelbewust in strijd met het geldende mededingingsrecht heeft gehandeld. Zoals hiervoor in randnummer 49 van dit besluit weergegeven, heeft de NMa reeds in 2004 in haar 'Visiedocument AWBZ-zorgmarkten' vastgesteld dat door de transitie in de AWBZ concurrentie tussen de AWBZ-zorgaanbieders mogelijk is sinds 1 januari 2004. Voor zover Carint haar verboden gedrag vóór aanvang van het onderzoek in deze zaak (vrijwillig) zou hebben beëindigd, dan nog doet Carint niet meer dan waartoe zij is gehouden, namelijk zich onthouden van strijdig handelen met de Mededingingswet, welk handelen geen boeteverlagende omstandigheid is.
272. De Raad ziet dan ook geen aanleiding tot verlaging van de boete voor Carint.
273. Gelet op het voorgaande wordt de boete, met inachtneming van randnummers 20, 47, 49 en 53 van de Boetecode, als volgt berekend:

Carinova	VERTROUWELIJK
Carint	VERTROUWELIJK

Bijzondere omstandigheden betreffende de thuiszorgsector

274. De Boetecode bepaalt in randnummer 53 dat de Raad de boete vaststelt op grond van de Boetecode met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de uitkomst van de berekening volgens de Boetecode afwijken, indien deze leidt tot evidente onbillijkheid. In het onderhavige geval ziet de Raad aanleiding voor een matiging van de hierboven bij randnummer 273 aangegeven boetes op algemene gronden van billijkheid en evenredigheid.
275. In het Visiedocument AWBZ-zorgmarkten¹⁸⁰ heeft de Raad aangegeven dat de NMa bij het handhavingsbeleid rekening zal houden met de beperkingen die deze markten in transitie eigen is. Beperkingen zijn enerzijds gelegen in de snelle omslag die van ondernemingen in de thuiszorgsector wordt verwacht, terwijl zij anderzijds nog onderworpen zijn aan de van overheidswege opgelegde budgetrestricties (limitering van de contracteerruimte) en maximering van tarieven.

¹⁸⁰ AWBZ-zorgmarkten, Informatie- en consultatiedocument, Den Haag, juni 2003.

276. De Raad neemt in aanmerking dat de door de wetgever opgelegde omslag naar marktwerking van de ondernemingen in de thuiszorg snelle en aanzienlijke aanpassingen vergt. Mede gezien de beperkte marges legt deze omschakeling een groot beslag op de financieringsmogelijkheden. De Raad wenst te voorkomen dat de op te leggen boetes onder de gegeven omstandigheden een averechts effect hebben op de vereiste aanpassingen aan de marktwerking en daarmee op de marktwerking zelf in het precaire stadium waarin deze nog verkeert. De Raad wil niet verhinderen dat deze ontwikkeling met kracht voortgang vindt.
277. Wat de regulering betreft, die uitvoering vindt in beleidsregels van de NZa, neemt de Raad in overweging dat deze een inherente begrenzing vormt voor de mogelijkheid tot prijsopdrijving door middel van concurrentiebeperkende afspraken ten koste van de algemene middelen van de overheid.
278. Op grond van deze combinatie van factoren zal de Raad de op te leggen boetes matigen met 25 procent. Na matiging bedragen de boetes:

Carinova	VERTROUWELIJK
Carint	VERTROUWELIJK

VERTROUWELIJK

279. VERTROUWELIJK
280. VERTROUWELIJK
281. VERTROUWELIJK
282. VERTROUWELIJK
283. VERTROUWELIJK
284. VERTROUWELIJK
285. VERTROUWELIJK
286. VERTROUWELIJK

287. Uit het voorgaande volgt dat de boetes voor Carinova en Carint worden vastgesteld op:

Carinova	VERTROUWELIJK
Carint	VERTROUWELIJK

Wettelijk maximum

288. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Gelet op de door de betrokken ondernemingen overgelegde omzetgegevens stelt de Raad vast dat dit maximum niet overschreden wordt.

Conclusie

289. De boetes voor Carinova en Carint worden, conform randnummer 56 van de Boetecode afgerond op een veelvoud van EUR 1.000, vastgesteld op:

Carinova	EUR 4.348.000
Carint	EUR 1.304.000

9 BESLUIT

- I. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:
 - i) Legt aan Stichting Carinova, gevestigd te Deventer, een boete op van EUR 4.348.000, en stelt Stichting Carinova Leiboorn Groep, gevestigd te Deventer, voor deze boete hoofdelijk aansprakelijk tot het bedrag van EUR 2.536.000;
 - ii) Legt aan Stichting Carint-Reggeland Groep, gevestigd te Hengelo, mede in de hoedanigheid van rechtsopvolger van Stichting Carint, alsmede van Stichting Carint en Stichting Carint Reggeland Groep tezamen, een boete op van EUR 1.304.000.
- II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 21 oktober 2010

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,
overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

w.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.