

185 **Rechtbank Rotterdam**
(bestuursrecht), LJN BW1335, AWB
10/4885
Stichting Thuiszorg Gooi en
Vechtstreek (TGV), Stichting
Hilverzorg en Stichting Vivium
Zorggroep/Raad van bestuur van
de Nederlandse Mededingings-
autoriteit

Uitspraak van 12 april 2012 (mrs. J.H. de Wildt, M. Schoneveld en J. Luiendijk)

Economisch bestuursrecht – Mededingingsrecht – Kartelinbreuk – Marktverdeling – AWBZ – Zorgkantoor – Doelbeperking – Artikelen 6 en 56 Mededingingswet – Artikelen 3:2 en 7:12 Algemene wet bestuursrecht

Inleiding

Bij een tweetal besluiten van 19 september 2008 heeft de NMa boetes opgelegd van tussen de € 600 000 en € 4 miljoen aan een vijftal aanbieders van extramurale zorg. Dit is zorg die wordt verleend op grond van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). In beide gevallen zou het gaan om inbreuken op het kartelverbod neergelegd in artikel 6 Mededingingswet (Mw). Nadat de NMa in oktober 2010 de bezwaren tegen de betreffende besluiten ongegrond had verklaard heeft de Rechtbank Rotterdam op 12 april 2012 beide besluiten op bezwaar vernietigd. De uitspraak die hier wordt besproken heeft betrekking op een drietal aanbieders in het Gooi. Hierna wordt de tweede uitspraak besproken die betrekking heeft op een tweetal aanbieders in het Kennemerland. (Onderstaand 'Kader' geldt echter voor beide zaken.)

Kader

De AWBZ dekt bepaalde vormen van zorg die niet binnen het bereik van de Zorgverzekeringswet (Zvw) vallen. Nederland is verdeeld in 32 zorgkantoorregio's waarbinnen steeds een enkel zorgkantoor verantwoordelijk is voor de inkoop van dergelijke zorg voor cliënten die van het Centraal Indicatie Orgaan (CIZ) een indicatiestelling ten aanzien van het recht op zorg gekregen hebben. In deze casus gaat het om de extramurale zorgvormen persoonlijke verzorging thuis, verpleging thuis en huishoudelijke verzorging thuis die gezamenlijk thuiszorg worden

genoemd. Tot 1 september 2004 gold voor zorgkantoren een volledige contracteerplicht voor 100% van de productie van de gevestigde aanbieders. Sindsdien instigeerde eerst het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) het hanteren van een transparant, objectief en non-discriminair inkoopbeleid en vanaf 1 oktober 2006 zijn rechtsopvolger de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) het hanteren van een zogenaamde vrije ruimte. In 2006 en 2007 werd door de betreffende zorgkantoren een garantiebudget gehanteerd waarbij 95% van de in het voorgaande jaar behaalde productie in beginsel werd vergoed.¹ Voor de resterende 5% was een vrij besteedbaar volume beschikbaar dat door het zorgkantoor aan de hand van vooraf vastgestelde prijs en kwaliteitscriteria via aanbesteding wordt verdeeld. (Voor 2006 werd door de aanbieders voor zorgkantoorregio het Gooi overigens betwist of dit inderdaad het geval was.)

Argumenten NMa

TGV, Hilverzorg en Vivium hebben in 2005 en 2006 aanvankelijk geprobeerd te fuseren maar hebben hun aanvraag voor een vergunning bij de NMa uiteindelijk ingetrokken toen duidelijk werd dat waarschijnlijk geen vergunning zou worden verleend. Vervolgens hebben deze drie aanbieders volgens de NMa in juni 2006 een samenwerkingsovereenkomst gesloten en daarnaast in de periode 2005-2007 hun gedrag onderling afgestemd met als doel en gevolg om hun onderlinge concurrentie geheel uit te schakelen. Met het geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen werden volgens de NMa de activiteiten van de drie aanbieders zodanig opgesplitst – zowel naar product als ook geografisch – dat van overlap geen sprake meer was. De NMa baseerde haar argumentatie onder meer op een onderzoeksrapport van ECRI uit 2007 dat inging op de mogelijkheden tot concurrentie in de thuiszorg in het algemeen. De bezwaaradviescommissie van de NMa heeft geadviseerd om aanvullend onderzoek te laten doen om de geografische markt vast te stellen en te bepalen in welke mate er tussen de drie aanbieders mogelijkheden voor concurrentie bestaan. Ten slotte zou moeten worden onderzocht of sprake was van een merkbare mededingingsbeperking. (De adviescommissie stelde dan ook dat zij op basis van de huidige onvolledige gegevens niet kon adviseren over de door de NMa veronderstelde mededingingsovertreding.)

De NMa heeft dit advies niet overgenomen. Omdat sprake zou zijn van een doelbeperking was de NMa van mening dat daarbij in beginsel al sprake is van een merkbare mededingingsbeperking en dat een nadere marktanalyse naar concrete gevolgen daarom overbodig is. De NMa wees hierbij op het bestaan van concurrentie voor het vrij besteedbare volume en het feit dat ook het garantiebudget zoals werd gehanteerd door het zorgkantoor op het in het vorig jaar werkelijk gerealiseerd volume wordt gebaseerd zodat partijen moeten wedijveren om hun klantenbestand op peil te houden. Ook wees de NMa op non-concurrentiebedingen in de samenwerkingsovereenkomst en op de bepaling in de overeenkomst dat de drie aanbieders patiënten die zich voor zorg tot hen wenden, maar die wonen buiten de hun toegedeelde markt naar elkaar verwijzen op basis van hun woonplaats. Als geografische markt bepaalde de NMa de zorgkantoorregio het Gooi.

Argumenten aanbieders

De drie aanbieders voerden hiertegen aan dat de vermeende afspraken niet geschikt zouden zijn om de mededinging te beperken, en dat er geen prikkel zou bestaan om hun werkgebied uit te breiden. Het door de NMa gebruikte algemene rapport zou weinig relevant zijn voor de concrete situatie in het Gooi. De onderlinge doorverwijzing zou ten slotte zijn gericht op het bieden van ketenzorg. Dit laatste is een vorm van zorg waarbij cliënten vrijwingsloos worden doorgeleid tussen de verschillende zorgaanbieders ten einde de behandeling te optimaliseren.

Beoordeling

Ten aanzien van de gebiedsverdeling constateert de rechtbank dat uit de doorverwijzingsafspraken in de samenwerkingsovereenkomst op zichzelf niet volgt dat partijen niet in elkaars gebied actief zouden mogen zijn. Wel zou sprake zijn van onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot gebiedsverdeling. Ook ten aanzien van de productverdeling (die door de drie aanbieders niet werd bestwist) stelt de rechtbank het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen vast.

Ten aanzien van de mogelijkheid van concurrentie is de rechtbank van oordeel dat de NMa ten onrechte haar aanname heeft gebaseerd op de algemene beschrijving van de AWBZ-markt in het rapport van ECRI. Zij had onderzoek dienen te doen naar (i) de

betekenis van het garantiebudget, (ii) de rol van het zorgkantoor, (iii) de aanwezigheid van wachtlijsten, en (iv) van de groei ruimte. Voorst wijst de rechtbank op een aantal onjuistheden: in 2006 was feitelijk nog geen sprake van een garantiebudget van 95% maar werd nog de gehele productie vergoed. Ook accepteerde het zorgkantoor in 2006 nog niet dat een van de partijen zich zou terugtrekken uit de verpleging en verzorging. De rechtbank concludeert dan ook dat op basis van het onderzoek van de NMa de vraag of afstemming en afspraak geschikt waren om in 2006 de mededinging te beperken niet kan worden beantwoord. Dit geldt volgens de rechtbank ook voor 2007, waar bovendien het hanteren van aanbestedingen aanzien van huishoudelijke verzorging op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning mededingingsbeperkingen op dit vlak bemoeilijkt.

Ten slotte verwerpt de rechtbank het mogelijke argument van de NMa dat al een theoretische mogelijkheid tot mededinging volstaat voor een mededingingsbeperking. Naar zijn oordeel 'zal in ieder concreet geval aannemelijk gemaakt moeten worden dat concurrentie niet alleen theoretisch maar ook in de praktijk een reële optie voor de betrokken ondernemingen is' (r.o. 2.5). Het besluit wordt dan ook vernietigd vanwege strijd met artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht (de benodigde kennis ontbreekt) en artikel 7:12 Awb (geen deugdelijke motivering). De NMa dient een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen met inachtneming van de uitspraak.

Noot

Op 2 juli 2012 heeft de NMa in een persbericht aangegeven af te zien van de eerder opgelegde boetes in deze zaak en in de parallelle zaak aangaande thuiszorg Kennemerland die hieronder wordt besproken. Daarnaast ziet zij af van boetes ten aanzien van een derde thuiszorgzaak waarbij Stichting Vierstroom en Stichting Careyn Zuwe Avant betrokken zijn.² (Bij navraag gaf de NMa aan dat dit wil zeggen dat zij wel nog besluiten op bezwaar zal nemen waarbij de boete op nul wordt gesteld.) De NMa probeert de bittere pil te vergulden door te vermelden dat zij een positieve trend constateert waarbij steeds meer thuiszorgondernemingen zich bewust zijn van concurrentie en mededingingsregels zodat de thuiszorg niet langer prioriteit heeft voor de NMa.³ De rechtbank wilde de NMa juist nader laten onderzoeken of er wel ruimte voor concurrentie was, want zij betwijfelde dit.

Deze discrepantie tussen de visie van de NMa en die van de rechtbank kan waarschijnlijk deels uit het verstrijken van de tijd worden verklaard – het besluit betrof immers de periode 2006-2007 en de reactie van de NMa de huidige situatie. Blijft het gegeven dat de zorg als geheel ook qua capaciteit nog steeds een prioriteit is voor de NMa en dat bovengenoemde thuiszorgzaken speerpunten waren van het optreden van de NMa in deze sector sinds hier vanaf 2004 de mededingingsregels actief worden gehandhaafd. Vanuit dat perspectief is dit een magere resultaat.

Een van de punten van kritiek van de rechtbank was dat het oordeel van de NMa ten aanzien van de mogelijkheden tot concurrentie leunde op een economisch rapport over de AWBZ in het algemeen. Waarschijnlijk had het geholpen indien de NMa het advies van haar eigen Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (Adviescommissie) om een specifiek onderzoek te laten doen naar de geografische en productmarkten waarop partijen actief waren had opgevolgd. Dit advies somde alle zwakke plekken ten aanzien van het onderzoek door de NMa op die ook de rechtbank vervolgens vaststelde. De Adviescommissie gaf daarbij zelfs aan dat zij zonder nader onderzoek niet kon adviseren over de bezwaren aangaande de productverdeling en de marktverdeling. De rol van de Adviescommissie in deze zaak (en aangaande de *Kennemerland*-zaak) suggereert dat het voor de NMa op zijn minst strategisch raadzaam is dergelijke adviezen waar mogelijk niet te weerleggen maar (deels) op te volgen. Maar is het in het kader van een deugdelijke besluitvorming niet van groot belang om alleen in uitzonderlijke gevallen van een advies van de Adviescommissie af te wijken? Waartoe dient anders een Adviescommissie?

Daarnaast heeft deze uitspraak ook een meer principieel belang. Er blijkt immers uit dat steeds meer eisen worden gesteld aan de doelbeperkingen in artikel 6 Mw en dat het verschil met afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken steeds kleiner wordt. Afspraken met een mededinging beperkende strekking vergden altijd al een economische analyse van de effecten die zij op de markt hebben. Dat moet vervolgens resulteren in een merkbare beperking. Voor de doelbeperking geldt weliswaar geen merkbaarheidsvereiste maar wordt in deze zaak wel iets vergelijkbaars gevegd: de rechter aanvaardt geen theoretische doelbe-

perking meer. De beperking moet in de eerste plaats niet alleen door partijen zo bedoeld maar in praktische zin ook *geschikt* zijn om de mededinging te beperken. Met andere woorden: het volstaat niet dat iemand in het holst van de nacht met een bivakmuts op en een koevoet in zijn handen wordt betrapt bij de tuindeur van andermans woning, maar er moet ook nog worden onderzocht of de koevoet niet toevallig van karton of piepschuim vervaardigd werd. In de tweede plaats moet concurrentie voor de betrokken partijen een *reële optie* zijn. De woning mag dus niet van overheidswege volledig volgestort zijn met beton zodat inbreken doelloos want onmogelijk is. Dit laatste punt is in deze zaak lastig te beantwoorden: 5% van de markt (het vrije deel dat destijds niet onder het garantiebudget viel) zou in ieder geval betwistbaar zijn en dit ligt juist op de rand van de merkbaarheids grens die hier echter niet van toepassing is (want doelbeperking). Of wordt zij hier indirect toch toegepast? Daarnaast beoogt de overheid met het invoeren van zelfs geringe vrijheidsgraden in de AWBZ zoals deze juist enige doelmatigheid te bewerkstelligen door middel van concurrentieprikkels en toetredingsmogelijkheden. De NZa spoort de zorgkantoren dan ook aan tot het terugschroeven van het garantiebudget (anno 2012 tot een hoogte in de orde van 80%). Een mogelijke conclusie in deze zaak had ook kunnen zijn dat juist in een dergelijke context zelfs de dreiging van mededingingsbeperking uit den boze is.

Naar mijn smaak spoort de Nederlandse rechtspraak op dit punt niet geheel met de Europese omdat zij strenger is dan laatstgenoemde. Zie bijvoorbeeld de *T-Mobile*-zaak.⁵ Het nut van een verbod op doelbeperkingen is nu juist om een afschrikkende werking te hebben zonder dat alle economische en feitelijke details eerst uitgedroogd moeten worden. Dit heeft op zichzelf genomen ook een publiek belang, te weten rechtszekerheid en voorspelbaarheid. Men kan daarbij ook denken aan de vraag naar *simple rules for a complex world*.⁶ Als men al te vaak jarenlang moet procederen om erachter te komen of iets dat uitdrukkelijk verboden lijkt te zijn dat in de praktijk ook werkelijk is blijft er ook weinig over van de self-assessment ten aanzien van de artikelen 6 en 17 Mw, alsmede artikel 101 lid 1 en 3 VWEU. Let wel dat in deze zaak de knoop met betrekking tot wat moet worden aangetoond voor een doelbeperking nog steeds niet definitief is doorgemaakt omdat de NMa de strijd opgeeft. Eigenlijk is dat jammer: het was nuttig ge-

weest de visie van het CBB hierop te verkrijgen.

Een andere mogelijke route bestaat uit de vraag hoe de markt zich zou hebben ontwikkeld in afwezigheid van de betrokken afspraak – zoals gebeurde in de psychologenzaak.⁷ Ook had wellicht meer expliciet een ‘state action defence’ (die wordt toegepast als overheidsingrijpen en niet particulier handelen de oorzaak van de mededingingsbeperkingen is) kunnen worden gehanteerd om vast te stellen dat de vigerende regelgeving geen ruimte voor (merkbare) concurrentie liet.⁸ Wellicht wilde de rechtbank op deze punten aan de NMa de ruimte laten om haar besluit te repareren. Zo ontwikkelt zich gaandeweg wel een veelvoud aan voorvragen ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 6 Mw (respectievelijk artikel 101 lid 1 VWEU). Dat wil niet zeggen dat er geen goede argumenten zijn om in een individuele zaak de doelbeperkingen kritisch te beoordelen. Er mogen strenge eisen ten aanzien van het bewijs gevraagd worden, zeker in zaken die een uitstralende werking beogen te hebben en waar punitieve sancties worden toegepast. Economische argumenten zijn daarbij belangrijk. Maar het betekent wel dat het mededingingsrecht steeds technischer wordt, en die ontwikkeling gaat ten koste van de zichzelf handhavende werking van de regels. Er bestaat een uitrust tussen enerzijds de zichzelf handhavende werking en daarmee effectiviteit, en anderzijds de toenemende bewijslast en rechtsbescherming in individuele zaken. De vraag is hoe hierin de juiste balans te treffen.

Rechtbank Rotterdam (bestuursrecht),

LJN BW1327, AWB 10/4742

Stichting Zorgbalans en Stichting Viva! Zorggroep/Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Uitspraak van 12 april 2012 (mrs. J.H. de Wildt, M. Schoneveld en J. Luiendijk)

Economisch bestuursrecht – Mededingingsrecht – Kartelinbreuk – Marktverdeling – AWBZ – Zorgkantoor – Doelbeperking – Artikelen 6 en 56 Mededingingswet – Artikel 7:12 Algemene wet bestuursrecht

Inleiding en kader

Zie hiervoor bovenstaande noot bij de zaak aangaande het besluit Thuiszorg 't Gooi dat op dezelfde dag gewezen werd door de NMa, alsook in bezwaar door de NMa en dat werd

vernietigd door de Rechtbank Rotterdam op 12 april 2012 evenals het besluit Thuiszorg Kennemerland in de onderhavige uitspraak.

Argumenten NMa

De twee AWBZ-zorgaanbieders Zorgbalans en Viva! Zorggroep zouden een gebiedsverdeling zijn overeengekomen waarbij het Noordzeekanaal als grens gold. Deze had betrekking op de diensten verpleging en verzorging alsmede op huishoudelijke verzorging; beide (gedurende licht verschillende periodes) tussen 2005 en 2007. De NMa baseerde haar besluitvorming mede op een rapport van ECRI over concurrentie in de thuiszorg in het algemeen. Volgens de NMa namen de twee zorgaanbieders door hun afspraken de onderlinge onzekerheid over de marktontwikkelingen weg en werd hiermee de liberalisering in de AWBZ vertraagd. Volgens de NMa hadden de afspraken een mededingingsbeperkende strekking. Als geografische markt werd de zorgkantorregio Kennemerland aangeduid vanwege het bestaan van min of meer gelijke condities voor de aanbieders in die regio.

Voorts was de NMa luidens de uitspraak van de rechtbank van mening dat de afspraken het doel hadden om de onderlinge concurrentiemogelijkheden te beperken zodat een onderzoek naar de feitelijke gevolgen niet nodig was.

Argumenten aanbieders

De beide aanbieders betoogden dat het ECRI-onderzoek niet toereikend was en dat meer onderzoek naar de rol van het zorgkantoor aangewezen was. De verschillende documenten die de NMa als bewijs van afstemming aanhaalde zouden anders moeten worden uitgelegd. Bijvoorbeeld een concurrentiebeding en een niet-wervingsbeding zouden moeten worden gezien als niet onder artikel 6 Mw vallende nevenrestricties ten aanzien van een overeenkomst om bepaalde bedrijfs-onderdelen over te dragen. De aanbieders voerden verder aan dat de Adviescommissie aanvullend had moeten worden gehoord na een meer volledig onderzoek. De Adviescommissie had namelijk evenals in de zaak aangaande het Gooi aangegeven dat zij over de mededingingsbezwaren niet kon adviseren bij gebreke aan aanvullend onderzoek.

Beoordeling

De rechtbank stelt allereerst vast dat er geen wettelijke verplichting voor de NMa bestaat

om de Adviescommissie indien deze vanwege ontoereikend onderzoek geen integraal advies kan uitbrengen nogmaals te horen. Daarnaast stelt de rechtbank vast dat het ECRI-rapport niet is toegespitst op de regio Kennemerland en de NMa geen gedegen onderzoek heeft uitgevoerd naar de rol van het zorgkantoor terwijl het ECRI-rapport juist het belang van die rol ten aanzien van de mogelijkheden tot concurrentie benadrukt. Nota bene de NMa zelf had in haar besluit uit 2005 over een fusie van AWBZ-zorgaanbieders in het Gooi bepaald dat ten aanzien van toetredingsdrempels in deze branche per regio een onderzoek nodig was.⁹ Het was de rechtbank niet gebleken dat hier een dergelijk onderzoek had plaatsgevonden.

De rechtbank concludeert dat gegeven de garantiebudgetten, de aanmerkelijke wachtlijsten, en het ontbreken van specifiek onderzoek naar de rol van het zorgkantoor en toetredingsdrempels er sterke aanwijzingen zijn dat er in het geheel geen concurrentie tussen de beide aanbieders aan de orde was. Nu niet is vastgesteld dat sprake was van mededinging kon ook niet worden bepaald of er in strijd met artikel 6 Mw gehandeld was. Wat het precieze doel dan wel de strekking van de afspraken tussen de aanbieders was laat de rechtbank daarom in het midden. De rechtbank vernietigt het besluit vanwege strijd met het motiveringsvereiste van artikel 7:12 Awb en de NMa dient een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen met inachtneming van de uitspraak.

Noot

Zie ten aanzien van de reactie van de NMa op de uitspraak het begin van de voorgaande noot. In de *Kennemerland*-zaak oordeelt de rechtbank vernietigend over het onderzoek van de NMa. Niet alleen is de onderbouwing onvoldoende, de rechtbank leidt zelfstandig uit de ter beschikking staande gegevens af dat er hoogstwaarschijnlijk geen sprake is van mogelijkheden tot concurrentie die daarmee per definitie ook niet beperkt kan worden. Volgens de rechtbank is ook onduidelijk of de NMa nu een doelbeperking of een afspraak met mededingingsbeperkende strekking heeft getracht aan te tonen. Mijn eigen lezing van het oorspronkelijke NMa-besluit in bezwaar is dat het een afspraak betreft die als strekking heeft om de mededinging te beperken. Bovendien gaat dit NMa-besluit ook nog in op de merkbaarheid van de mededingingsbeperking. Het kan zijn dat de verwarring op dit punt tijdens de procedure voor de rechtbank is ontstaan. Dit is jammer omdat het interessant geweest zou zijn om naast de uitspraak over de norm ten aanzien van doelbeperkingen in de hierboven besproken Gooise-zaak ook de vigerende norm voor strekkingsbeperkingen in een inhoudelijk zo vergelijkbare zaak uitgewerkt te hebben gekregen. Wat beide mededingingszaken in ieder geval gemeen hebben is dat de standaard die ten aanzien van het bewijs gehanteerd wordt hoog is en dat de economische context van het individuele geval nauwkeurig moet worden meegewogen. In dit verband is de constatering van de rechtbank dat de Adviescommissie

niet nader door de NMa hoefde te worden gehoord een pyrrusoverwinning voor de NMa: juist het oorspronkelijke advies van deze commissie om voor Kennemerland specifiek nader onderzoek te doen had klaarblijkelijk door de NMa opgevolgd moeten worden.

Prof. mr. W. Sauter¹⁰

Voetnoten

- 1 *Toelichting prestatie meting AWBZ 2006*, NZa 2006.
- 2 Zie voor een bespreking van de beide zaken die hier aan de orde zijn alsook van een reeks andere thuiszorgzaken P.V.F. Bos, 'Dichtung und Wahrheit in de thuiszorg', *Markt en Mededinging* 2012, p. 102-109.
- 3 'NMa zet punt achter thuiszorgzaken', persbericht NMa 2 juli 2012.
- 4 *Protocol prestatie meting AWBZ: normenkader uitvoering AWBZ*, NZa augustus 2012.
- 5 HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV en Vodafone Libertel NV/Raad van bestuur van de NMa*), *Jur.* 2009 p. I-4529; CBB 31 december 2007, *LJN BC1396*; Rb. Rotterdam 13 juli 2006, *LJN AY4035*.
- 6 R.A. Epstein, *Simple rules for a complex world*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1995).
- 7 Rb. Rotterdam 17 juli 2006, *LJN AY4928*, in hoger beroep bevestigd in CBB 6 oktober 2008, *LJN BF8820*.
- 8 HvJ EG 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95P en C-379/95P (*Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing Ltd.*), *Jur.* 1997, p. I-6265.
- 9 NMa 4 november 2004, besluit nr. 4212, *De Basis - Thuiszorg Gooi en Vechtstreek - Vivium*.
- 10 W. Sauter is werkzaam bij de Tilburg University en de Nederlandse Zorgautoriteit. Deze bijdrage werd geschreven op persoonlijke titel.