

**BESLUIT  
(OPENBAAR)**

Kenmerk

241773-354609

Besluit van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) als bedoeld in artikel 85 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).

Zaak: [A]

Zaaknummer: 241773

**1. Inleiding**

1. Naar aanleiding van een melding van [A]\* te [vertrouwelijk...] hebben daartoe aangewezen toezichthouders van de NZa onderzocht of artikel 49a van de Wmg is overtreden door [A] en/of haar dochtervennootschappen [B] en [C].
2. De door de betreffende toezichthouders geconstateerde feiten en omstandigheden inzake de activiteiten van [A] zijn weergegeven in een toezichtrapport d.d. 20 april 2017. Hierin is vastgesteld dat [A] en haar dochtervennootschap [B] artikel 49a van de Wmg hebben overtreden. De NZa heeft het toezichtrapport aan [A] toegezonden.<sup>1</sup>
3. Op 22 juni 2017 heeft een hoorzitting plaatsgevonden waar [A] haar zienswijze naar voren heeft gebracht omtrent het toezichtrapport.
4. De NZa heeft in haar vergadering van 28 november 2017 besloten om een boete op te leggen aan [B], vanwege de vastgestelde overtreding van artikel 49a van de Wmg. Hieronder volgt de motivering hiervan. Hiertoe zal eerst worden ingegaan op de achtergronden van het onderzoek.

**2. Feiten en omstandigheden**

5. Naar aanleiding van een melding van [A], ook wel [vertrouwelijk...] genoemd (hierna: [A]), heeft de NZa een toezichtonderzoek ingesteld. Het toezichtonderzoek strekte ertoe te beoordelen of [A] en/of haar dochtervennootschappen [B] (hierna: [B]) en [C] (hierna: [C]) artikel 49a van de Wmg heeft/hebben overtreden. Het toezichtonderzoek bestond uit het inwinnen van nadere schriftelijke informatie bij [A]. Tevens heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de NZa en [A]. De toezichthouders van de NZa hebben deze informatie beoordeeld op mogelijke overtredingen van artikel 49a van de Wmg en hebben hun bevindingen neergelegd in een toezichtrapport d.d. 20 april 2017.

---

\* Namen zijn weggelaten om redenen van vertrouwelijkheid.

<sup>1</sup> Brief d.d. 20 april 2017, met kenmerk 178319/337645.

Kenmerk

241773-354609

*Partijen*

6. [A] is een stichting naar Nederlands recht en is de holdingmaatschappij van een aantal organisaties die zorg leveren, waaronder [C] en [B]. [A] vormt tevens de raad van bestuur van [C] en [B].<sup>2</sup>
7. [A] levert stafdiensten ten behoeve van de groep. [A] had voor de in de randnummers 13, 14 en 15 beschreven transacties geen medewerkers in dienst die zorg verlenen in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg.
8. [C] is actief op het gebied van de levering van ondersteuning die onder de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) 2015 valt. [C] levert geen zorg in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg.
9. [B] biedt zorg aan op basis van de Jeugdwet, Wet langdurige zorg (Wlz), Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wmo. [B] had voor de in de randnummers 13 en 14 beschreven transactie [vertrouwelijk...] zorgverleners in dienst, waarvan meer dan 50 personen zorg in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg leverden.
10. [D] (hierna: [D]) was een besloten vennootschap naar Nederlands recht. [D] maakte onderdeel uit van [E]. [E] is actief op het gebied van de ondersteuning van extramurale zorg- en welzijnsorganisaties in [vertrouwelijk...]. [D] had tot de transactie zoals genoemd onder randnummer 12 geen werknemers die zorg verlenen in dienst.
11. [F] was een stichting naar Nederlands recht, onderdeel van zorgorganisatie [G]. [F] was actief op het gebied van de levering van ondersteuning in de zin van de Wmo en de levering van zorg in de zin van de Wlz en Zvw.

*De transacties*

12. Per 1 januari 2015 heeft [D] feitelijk [vertrouwelijk...] cliënten en [vertrouwelijk...] werknemers van [F] overgenomen.<sup>3</sup>
13. Per 1 november 2015 heeft [B] van [D] [vertrouwelijk...] cliënten en [vertrouwelijk...] werknemers overgenomen.<sup>4</sup> Het betreft een deel van de cliënten en werknemers die aanvankelijk door [D] van [F] zijn overgenomen.
14. Per 31 december 2015 heeft [B] van [D] [vertrouwelijk...] cliënten en [vertrouwelijk...] werknemers overgenomen.<sup>5</sup> Het betreft een deel van de cliënten en werknemers die aanvankelijk door [D] van [F] zijn overgenomen.

---

<sup>2</sup> Bijlagen 11, 12 en 13 bij het toezichtrapport.

<sup>3</sup> Bijlage 4 bij het toezichtrapport.

<sup>4</sup> Bijlage 4 bij het toezichtrapport.

<sup>5</sup> Bijlage 4 bij het toezichtrapport.

15. Per 31 december 2015 heeft [C] van [D] [vertrouwelijk...] cliënten en [vertrouwelijk...] werknemers overgenomen.<sup>6</sup> Het betreft een deel van de cliënten en werknemers die aanvankelijk door [D] van [F] zijn overgenomen. Kenmerk  
241773-354609
16. [A] is van mening dat de transactie tussen [D] en [F] niet bij de NZa gemeld hoefde te worden, omdat [D] en [F] in de regel door minder dan vijftig personen zorg doen verlenen. Volgens artikel 49a van de Wmg is het verbod om zonder goedkeuring van de NZa een concentratie tot stand te brengen dan niet op hen van toepassing.
17. [A] is van mening dat de transacties tussen [B] en [D]; en tussen [C] en [D] bij de NZa gemeld hadden moeten worden, maar hebben een melding daarvan over het hoofd gezien. Gemachtigde van [A] heeft de NZa daarvan voor het eerst op de hoogte gesteld op 17 maart 2016.

#### *Beoordeling in het toezichtrapport*

18. Op grond van het rapport en de daarbij behorende bijlagen is in het toezichtrapport vastgesteld dat [B] en [A] artikel 49a van de Wmg hebben overtreden. Voor de relevante bewijsvoering met betrekking tot onderhavig boetebesluit wordt in eerste instantie verwezen naar het toezichtrapport van 20 april 2017. Dit rapport maakt integraal onderdeel uit van onderhavig boetebesluit. Op deze plaats wordt volstaan met de hierna volgende verkorte weergave van de belangrijkste conclusies.

#### Concentratie

19. [B] en [C] hebben, door de overname van werknemers en cliënten van [D], zeggenschap verkregen over de door hen verworven ondernemingsonderdelen van [D]. Aan deze door [B] en [C] overgenomen ondernemingsonderdelen is een marktomzet toe te wijzen. In dat verband is van belang dat [B] en [C] de overgenomen activiteiten daadwerkelijk hebben voortgezet. Het bovenstaande geldt ook voor de overname door [D] van de activiteiten van [F]. Hieruit volgt dat de in de randnummers 12 tot en met 15 genoemde transacties kwalificeren als verkrijging van zeggenschap in de zin van artikel 27, eerste lid, aanhef, onder b, van de Mededingingswet (Mw), en daarmee als concentratie(s) als omschreven in de Mw.
20. De toezichthouders van de NZa beschouwen bovengenoemde transacties onder de randnummers 12 tot en met 15 als één concentratie. Dit concluderen zij op basis van interne stukken van [A] waaruit zou volgen dat het van meet af aan de bedoeling was om de activiteiten van [F] uiteindelijk over te dragen aan [A] en uit het feit dat [D] niet duurzaam zeggenschap heeft verkregen over de overgenomen activiteiten van [F].

---

<sup>6</sup> Bijlage 4 bij het toezichtrapport.

21. Voor zover de transactie tussen [F] en [D] wel als een opzichzelfstaande concentratie zou moeten worden aangemerkt, dan beschouwen de toezichthouders van de NZa de drie transacties tussen [D] en [C] respectievelijk [B] uit de randnummers 13, 14 en 15 in ieder geval als één enkele concentratie, gelet op de zeer nauwe verbondenheid en onderlinge samenhang van de drie transacties.

Kenmerk

241773-354609

#### Toepasselijkheid van de Wmg

22. Het verbod van artikel 49a van de Wmg om een concentratie tot stand te brengen zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa is alleen van toepassing op zorgaanbieders als bedoeld in artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg, die in de regel door minstens vijftig personen zorg doen verlenen.
23. [D] en [C] zijn geen zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg, omdat zij geen zorg verlenen in de zin van artikel 1, onderdeel b, van de Wmg. Het verbod van artikel 49a van de Wmg is daarom niet van toepassing op [D] en [C].
24. [B] kwalificeert wel als zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg, omdat zij wel zorg verleent in de zin van artikel 1, onderdeel b, van de Wmg. [B] verleent deze zorg met in de regel minstens vijftig personen. Het verbod van artikel 49a van de Wmg is daarom van toepassing op [B].
25. [B] is een 100% dochter van [A]. [A] vormt tevens de raad van bestuur van [B]. [A] oefent derhalve juridisch en feitelijk zeggenschap uit over zorgaanbieder [B]. Daarnaast is vastgesteld dat de [A]-groep naast [C] en [B] nog enkele andere dochterondernemingen omvat die zorg leveren: verklaard is in dat verband dat de [A]-groep zorg levert in de zin van de Wmg met (ruim) meer dan 50 zorgverleners. Dit betekent dat [A] indirect, via haar dochterondernemingen, zorg verleent in de zin van artikel 1, onderdeel b, van de Wmg, en aldus ook als zorgaanbieder kwalificeert in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg. Het verbod van artikel 49a van de Wmg is daarom ook van toepassing op [A].
26. [F] (en [D]) wordt, als overdragende partij, niet als een bij de concentratie betrokken partij aangemerkt. Het verbod van artikel 49a van de Wmg is daarom niet van toepassing op [F].

#### Conclusie overtreding artikel 49a van de Wmg

27. Gelet op het bovenstaande, concluderen de toezichthouders van de NZa dat sprake is van (een) concentratie(s) als bedoeld in artikel 49a van de Wmg. Nu (bei)de concentratie(s) op (uiterlijk) 31 december 2015 tot stand zijn gebracht en voor 1 januari 2016 geen goedkeuring van de NZa is aangevraagd noch verkregen, is (in beide gevallen) sprake van een overtreding van het verbod van artikel 49a van de Wmg.

28. Op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Degene tot wie het wettelijk voorschrift zich richt, kan dat voorschrift overtreden. In dit geval zijn dat [B] en [A].
29. Vast staat dat [B] de concentratie tot stand heeft gebracht zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa. [B] heeft dan ook het verbod van artikel 49a van de Wmg overtreden. Daarom dient [B] als overtreder van artikel 49a van de Wmg te worden aangemerkt.
30. Vastgesteld is verder dat [A] alle aandelen houdt in [B] en [C], en daarnaast ook de raad van bestuur vormt van [B] en [C]. [A] oefende feitelijke zeggenschap uit over [C] en [B]. Gelet daarop had [A] in formele zin beslissende invloed op de bedrijfsvoering van [B] en [C]. [A] heeft in die zin dan ook zeggenschap verkregen over de (door haar dochtervennootschappen [C] en [B]) verworven ondernemingsonderdelen van [F] dan wel [D].
31. De toezichthouders van de NZa constateren daarbij dat uit de gang van zaken blijkt dat [A] feitelijk ook een cruciale en beslissende rol heeft gespeeld in de transacties die de concentratie vormen. Vastgesteld is immers dat het van meet af aan de bedoeling was dat de activiteiten van [F] dan wel [D] uiteindelijk zouden overgaan naar [A], meer specifiek haar twee dochtervennootschappen [C] en [B]. Uit die stukken blijkt verder dat het in feite [A] was die de transacties tot stand bracht, in dat verband de beslissingen nam en ook de activiteiten uiteindelijk deed landen bij haar dochtervennootschappen [B] en [C].
32. Gelet hierop wordt vastgesteld dat [A] eveneens een concentratie tot stand gebracht heeft zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa. Daarmee heeft ook [A] het verbod van artikel 49a van de Wmg overtreden, zodat [A] als overtreder (van artikel 49a van de Wmg) moet worden aangemerkt.
33. In ieder geval kan [A], gelet op de feiten en omstandigheden van dit geval, verantwoordelijk worden gehouden voor de door haar dochtervennootschap [B] begane overtreding van artikel 49a van de Wmg. Die overtreding kan [A] daarom worden toegerekend.

#### Duur, omvang en verwijtbaarheid van de overtreding

34. Wat betreft de duur wordt in het toezichtrapport geconcludeerd dat gelet op de aard van de overtreding, er geen sprake is van een overtreding die een langere of kortere duur kan hebben: de vereiste, voorafgaande, goedkeuring is immers niet aangevraagd.

35. De overtreding wordt in het toezichtrapport beschouwd als zeer ernstig, omdat het geen of te laat goedkeuring aanvragen voor een concentratie een zeer ernstige ondermijning vormt van de effectiviteit van de taken van de NZa in het kader van de concentratietoets. Ook in de Boetebeleidsregels van de NZa wordt een overtreding van artikel 49a van de Wmg aangemerkt als zeer zware overtreding die afbreuk doet aan de kernwaarden van de Wmg.
36. De omstandigheid dat [A] de overtreding op eigen initiatief bij de NZa heeft gemeld, wordt in het toezichtrapport gekwalificeerd als een boeteverlagende omstandigheid. Niet gebleken is immers dat in dit geval sprake was van een bewuste keuze om geen of te laat een goedkeuringsaanvraag te doen, zodat van opzet niet kan worden gesproken. Dit laat overigens onverlet dat sprake is van een overtreding en van verwijtbaar handelen.
37. Van boeteverhogende omstandigheden is de toezichthouders van de NZa niet gebleken.

Kenmerk

241773-354609

### **3. Juridische beoordeling**

#### **3.1. Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg)**

38. Artikel 49a van de Wmg bepaalt het volgende:
1. Het is een zorgaanbieder als bedoeld in artikel 1, onderdeel c, onder 1, verboden een concentratie als omschreven in de Mededingingswet tot stand te brengen, zonder daaraan voorafgaande goedkeuring van de zorgautoriteit.
  2. Een aanvraag voor het verkrijgen van de goedkeuring wordt ingediend door de zorgaanbieder dan wel, in geval het meer dan een zorgaanbieder betreft, de zorgaanbieders gezamenlijk.
  3. Het verbod, bedoeld in het eerste lid, is niet van toepassing op een zorgaanbieder die in de regel door minder dan vijftig personen zorg doet verlenen.
39. Zorgaanbieder is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verleent (artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg).
40. Zorg is een zorg of dienst als omschreven bij of krachtens de Zorgverzekeringswet en de Wet langdurige zorg (artikel 1, onderdeel b, onder 1, van de Wmg).
41. De Wmg (waaronder artikel 49a) is derhalve van toepassing op zorgaanbieders die op basis van de Wlz en de Zvw zorg verlenen.
42. Artikel 85 van de Wmg bepaalt dat de NZa degene die het verbod van artikel 49a van de Wmg overtreedt een bestuurlijke boete kan opleggen. De bestuurlijke boete voor een afzonderlijke overtreding bedraagt ten hoogste € 500.000,= of, indien dat meer is, tien procent van de omzet van de onderneming in Nederland.

**3.2. Mededingingswet (Mw)**

Kenmerk

241773-354609

43. Artikel 27, eerste lid, van de Mw bepaalt het volgende:

Onder een concentratie wordt verstaan:

- a. het fuseren van twee of meer voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen;
- b. het direct of indirect verkrijgen van zeggenschap door
  - 1 °. een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die reeds zeggenschap over ten minste een onderneming hebben, of
  - 2 °. een of meer ondernemingen over een of meer andere ondernemingen of delen daarvan door middel van de verwerving van participaties in het kapitaal of van vermogensbestanddelen, uit hoofde van een overeenkomst of op enige andere wijze.

44. In artikel 30, tweede lid, van de Mw is het volgende opgenomen:  
(...)

*Twee of meer verwervingen als bedoeld in de eerste volzin die plaatsvinden binnen een door de Autoriteit Consument en Markt in aanmerking te nemen periode en die afhankelijk van elkaar zijn of op een economische wijze zodanig met elkaar zijn verbonden dat deze verwervingen als één verwerving zouden moeten worden beoordeeld, worden beschouwd als één concentratie die tot stand gebracht wordt op de dag van de laatste transactie.*

**3.3. Geconsolideerde mededeling bevoegdheidskwesties**

45. De Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen van de Europese Commissie heeft tot doel richtsnoeren te verstrekken over de bevoegdheidskwesties die kunnen rijzen op grond van de concentratieverordening<sup>7</sup>.
46. Paragraaf 1.5.2. handelt over transacties die dusdanig van elkaar afhangen dat zij als één concentratie moeten worden aangemerkt. Paragraaf 1.5.2 luidt voor zover relevant:

*1.5.2. Van elkaar afhingende transacties en artikel 3*

*38) (...) In het kader van artikel 3 [van Verordening (EG) nr. 139/2004] vormen twee of meer transacties één enkele concentratie, indien zij een eenheid vormen. Er moet derhalve worden nagegaan of het resultaat erin bestaat dat één of meer ondernemingen rechtstreeks of middellijk economische zeggenschap verkrijgen over de activiteiten van één of meer andere ondernemingen. Voor de beoordeling moet de aan de transacties onderliggende economische werkelijkheid worden vastgesteld en derhalve het economische doel dat door de partijen wordt nagestreefd. Om na te gaan of de betrokken transacties een eenheid vormen, moet met andere*

<sup>7</sup> Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (PB L 24 van 29.1.2003, blz. 1).

woorden geval per geval worden bepaald of die transacties zodanig nauw verwerven zijn dat de ene transactie niet zou zijn gesloten zonder de andere.(...)

Kenmerk

241773-354609

(41) Verschillende van elkaar afhankende transacties kunnen echter slechts als één enkele concentratie worden aangemerkt, indien de zeggenschap uiteindelijk door dezelfde onderneming(en) wordt verkregen. Alleen in die omstandigheden kunnen twee of meer transacties als een eenheid worden aangemerkt en derhalve als één enkele concentratie worden beschouwd in de zin van artikel 3. (...).

Vereiste van onderlinge afhankelijkheid

(43) De vereiste onderlinge afhankelijkheid impliceert dat geen van de transacties zou worden gesloten zonder dat de andere transacties worden gesloten, en dat zij derhalve één enkele verrichting vormen. Deze onderlinge afhankelijkheid komt normaal gesproken vast te staan indien de transacties juridisch gezien verband houden, dat wil zeggen dat de overeenkomsten zelf verband houden door wederzijdse voorwaarden. Indien de transacties feitelijk van elkaar afhangen en dit naar behoren kan worden aangetoond, volstaat dit om de transacties als één enkele concentratie te behandelen. Dit vereist een economische beoordeling van de vraag of elk van de transacties noodzakelijkerwijs afhangt van de sluiting van de andere transacties. Verdere aanwijzingen van de onderlinge samenhang van verschillende transacties kunnen de verklaringen van de partijen zelf zijn of de gelijktijdige sluiting van de relevante overeenkomsten. Het zal moeilijk zijn om te concluderen dat verschillende transacties feitelijk van elkaar afhangen, indien deze transacties niet gelijktijdig hebben plaatsgevonden. Indien transacties die juridisch gezien van elkaar afhangen echter zeer duidelijk niet gelijktijdig plaatsvinden, kan hun werkelijke onderlinge samenhang in twijfel worden getrokken. (...)

### 3.4. Openbaarmaking van het besluit

47. Artikel 8 Wet openbaarheid bestuur (Wob) luidt:

*het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.*

48. Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob stelt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voorzover dit:

*bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.*

49. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g. Wob blijft openbaarmaking achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen:

*het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.*



Kenmerk

241773-354609

**4. Zienswijze [A]**

50. Op 22 juni 2017 heeft [A] ten kantore van de NZa een mondelinge zienswijze op het toezichtrapport gegeven. [A] geeft hierbij – kort en zakelijk samengevat – het volgende aan.
51. [A] erkent dat op uiterlijk 1 november 2015 een melding bij de NZa had moeten plaatsvinden. Uit de stukken blijkt dat [A] dat op bestuurlijk niveau altijd in het vizier heeft gehad. Pas eind 2015 is op operationeel niveau de goedkeuring over het hoofd gezien. Deze situatie is echter onbedoeld en zeker niet moedwillig ontstaan en [A] betreurt dat.
52. [A] stelt dat de te melden transactie wat betreft schaalgrootte beperkt was, namelijk 22 werknemers waarvan het merendeel niet actief is in de zorg in de zin van de Wmg en waarbij personeel en cliënten expliciet hebben verklaard de transactie te steunen.

*Feiten in het rapport en de beoordeling daarvan*

53. In het toezichtrapport wordt ten onrechte gesteld dat uit de stukken ondubbelzinnig zou blijken dat het van meet af aan de intentie is geweest de activiteiten van [F] uiteindelijk in de [A]-groep te laten landen. Daarnaast is deze eventuele overeenstemming niet van belang voor de overtreding.
54. [A] wil de suggestie wegnemen dat zij de NZa verkeerd heeft voorgelicht.
55. De Geconsolideerde mededeling van de Europese Commissie stelt dat het wenselijk is meerdere transacties die zodanig nauw verweven zijn dat de ene transactie niet zou zijn gesloten zonder de andere, als één concentratie te behandelen.
56. [A] stelt dat er geen wederzijdse voorwaarden zijn. Deze zijn door partijen nooit overeengekomen.
57. Tevens was er geen sprake van onderlinge afhankelijkheid. Zo was er geen overeenstemming over een opvolgende overdracht aan [A]. Er werd hooguit rekening mee gehouden dat [D] de activiteiten op enig moment alsnog zou overdragen aan [A]. Dat verklaart ook waarom de Raad van Toezicht van [A] al sinds april 2015 doorlopend werd geïnformeerd. Ook het door [A] hanteren van de term [F]-activiteiten is geen bewijs van een juridische of feitelijke afhankelijkheid.
58. De daadwerkelijke overeenstemming met [D] is aantoonbaar van later datum – op zijn vroegst 19 mei 2015.
59. Aldus wordt volgens [A] de beoordeling in het toezichtrapport (randnummers 57 tot en met 62) niet gedragen door de stukken en is onjuist.

<i>Kwalificatie van de overtreding</i>	<b>Kenmerk</b>
60. Door [A] wordt aangevoerd dat de toezichthouders in het toezichtrapport niet naar analogie van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) de overtreding als zeer ernstig kunnen kwalificeren.	241773-354609
61. Het ging in die casus om meer dan onachtzaamheid.	
62. In onderhavige zaak gaat het over een transactie die: <ul style="list-style-type: none"> <li>a. met betrekking tot de schaalgrootte gering is;</li> <li>b. veelvuldig voorkomt in de Wmo zonder dat sprake is van een meldingsplicht, waardoor een vergissing niet onbegrijpelijk is.</li> </ul>	
63. Met betrekking tot punt b merkt [A] op dat door de erg lage, enkelvoudige drempel van 50 zorgaanbieders er waarschijnlijk wel meer transacties zijn die ten onrechte niet bij de NZa worden gemeld.	
64. De lage meldingsdrempel lijkt een foutje van de wetgever te zijn. In de eerste twee jaar waren er 170 meldingen terwijl de minister bij de invoering rekening hield met 25 meldingen per jaar. [A] wijst daarbij naar een wetsvoorstel om de drempels aan te passen.	
65. De omzet van de [F]-activiteiten ligt op de grens van de huidige lage drempel.	
66. [A] wijst op een mail van een oud-medewerker van de NZa waarin hij aangeeft dat afzien van handhaving een reële mogelijkheid is als gekeken wordt naar de schaalgrootte. [A] vraagt zich af waarom in onderhavige zaak wordt afgeweken van deze beleidslijn.	
67. Het is volgens [A] wrang dat zij ondanks het feit dat de NZa geen clementiebeleid kent, de NZa zelf heeft geïnformeerd over de gemiste melding en vervolgens in het rapport wordt weggezet als een overtreder die het vertrouwen in de Wmg zeer ernstig heeft geschaad. Het fusietoezicht in de zorg functioneert beter omdat [A] maximale transparantie betracht.	
68. Het onderling vertrouwen tussen de NZa en de markt is groot. Echter, als de NZa besluit [A] aan de openbare schandpaal te nagelen, lijkt het uitgesloten dat daarna ooit nog een zorgaanbieder zichzelf meldt als een vergelijkbare fout wordt geconstateerd. Dit is bovendien disproportioneel en zou het toezicht van de NZa op de Wmg ondermijnen. De NZa moet het feit dat publicatie van een handhavingsbesluit nadelige publiciteit met zich meebrengt, moeten meewegen bij het nemen van dat besluit.	
69. De gemachtigde van [A] heeft van een bevriend advocaat begrepen dat de NZa in 2014 of 2015 heeft toegestaan dat voor een reeds geïmplementeerde concentratie alsnog een fusiemelding is gedaan en zonder handhaving is goedgekeurd.	
70. [A] stelt dat er sprake is van rechtsongelijkheid.	

*Medewerking [A] aan onderzoek*

Kenmerk

71. De medewerking van [A] ging verder dan waartoe ze wettelijk verplicht is:
- a. [A] heeft ongevraagd en onverplicht de overeenkomst tussen [F] en [D] aan de NZa toegezonden;
  - b. [A] heeft op verzoek van de NZa onverplicht de stukken van [D] bij deze organisatie opgevraagd en aan de NZa verstrekt;
  - c. [A] heeft op geen enkel moment beroep gedaan op haar wettelijke recht om te zwijgen terwijl de cautie door de NZa was gegeven.

241773-354609

*Onverwijld gemeld*

72. Nadat op 15 maart 2016 was ontdekt dat de concentratie niet was gemeld door [A], heeft de gemachtigde van [A] na overleg met [A] een vooraankondiging gedaan bij de NZa.
73. Van een vertraging zoals dat in het toezichtrapport onder de randnummers 78, 79 en 83 wordt beweerd, is volgens [A] geen sprake.

*Late indiening fusiemelding is te wijten aan de NZa*

74. [A] stelt dat zij in maart 2016 aan de NZa heeft gevraagd of een fusiemelding – een lang en kostbaar traject voor de zorgaanbieder – alsnog in behandeling zou worden genomen.
75. Omdat de toezichthouders van de NZa deze vraag pas in december 2016 beantwoord hebben, kan de ontstane vertraging [A] niet verweten worden.

*In materiële zin voldaan aan zorgspecifieke fusietoets*

76. [A] stelt dat materieel de doelen van de zorgspecifieke fusietoets niet zijn geschonden, omdat volgens haar uit de – bij de NZa ingediende maar thans nog niet beoordeelde – melding blijkt dat personeel en cliënten voorstander zijn van de transactie omdat er sprake is van behoud van werkgelegenheid en continuïteit van zorg. Aldus is voldaan aan de zorgspecifieke fusietoets. De transactie tussen [D] en [A] heeft voorkomen dat de werk-cliëntkoppels uit elkaar vielen en heeft de kwaliteit en continuïteit van zorg gediend. [A] heeft met de overname een vangnet kunnen vormen voor cliënten die het risico liepen dat hun zorg niet werd gecontinueerd en voor medewerkers die hun baan dreigden te verliezen.

*Eerste onderzoek naar overtreding van artikel 49a van de Wmg*

77. Volgens [A] zou de omstandigheid dat het de eerste keer is dat een overtreding van artikel 49a van de Wmg wordt onderzocht door de NZa moeten leiden tot enige terughoudendheid bij handhaving.

*[A] is geen zorgaanbieder in de zin van de Wmg*

Kenmerk

241773-354609

78. [A] stelt dat vaststaat dat [A] (als moedermaatschappij van onder andere [B]) zelf geen zorg aanbiedt en ook geen zorgverleners inzet. Aldus is [A] geen zorgaanbieder die in artikel 1, onder c, onder 1, van de Wmg wordt gedefinieerd als de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verleent.
79. Daarnaast valt de factoringmaatschappij, die namens de zorgaanbieder factureert en in artikel 1, onder c, onder 2, van de Wmg als zorgaanbieder wordt gekwalificeerd, niet onder de reikwijdte van artikel 49a van de Wmg.
80. De Wmg biedt voor de conclusie uit het toezichtrapport dat de feitelijke en juridische zeggenschap die [A] uitoefent als bestuurder over [B] maakt dat [A] indirect via haar dochteronderneming zorg verleent, geen enkel aanknopingspunt. Aldus is [A] geen normadressaat van artikel 49a van de Wmg.
81. Ook de benadering van de NZa dat moet worden gekeken naar de gehele groep van betrokken zorgaanbieder, vindt geen grondslag in de Wmg.
82. Tevens mist een wettelijke grondslag voor de poging van de NZa om het hiaat van de wetgever te repareren door een uitleg te hanteren gebaseerd op het begrip onderneming uit het (Europees) mededingingsrecht.
83. Bovenstaande is van belang omdat bij het opleggen van een bestuurlijke boete (een punitieve sanctie) rekening moet worden gehouden met het legaliteitsbeginsel (artikel 5:4 van de Awb, artikel 7 van het EVRM en artikel 15 IVBPR).
84. Het lex certa beginsel dat daarvan onderdeel uitmaakt schrijft voor dat een voorschrift dat door bestuurlijke sancties wordt gehandhaafd voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar dient te zijn. Aan die norm voldoet artikel 49a van de Wmg niet, althans niet in de uitleg die de NZa daaraan geeft.
85. Uit het feit dat [A] een fusiemelding heeft ingediend, volgt niet dat ze het eens is met de te ruime uitleg die de NZa aan het begrip zorgaanbieder geeft bij de invulling van artikel 49a van de Wmg.
86. Aldus brengt het legaliteitsbeginsel daarom mee dat de NZa niet bevoegd is een bestuurlijke boete op te leggen aan [A] en [C].

*Voorbehoud betreffende het aantal zorgverleners [B]*

87. [A] is thans bezig met een nader onderzoek naar het aantal zorgverleners dat [B] in 2014 en 2015 heeft ingezet. Volgens [A] kan niet worden uitgesloten dat het aantal zorgverleners bij [B] onder de 50 ligt. Voor zover nodig behoudt [A] zich het recht voor haar zienswijze – zo nodig in bezwaar en beroep – op dat punt aan te vullen.

**5. Beoordeling**

Kenmerk

241773-354609

88. Volgens artikel 49a, eerste lid, van de Wmg is het een zorgaanbieder verboden om een concentratie als omschreven in de Mededingingswet tot stand te brengen, zonder daaraan voorafgaande goedkeuring van de zorgautoriteit. In dit hoofdstuk zal de NZa op grond van het hiervoor beschreven feitencomplex beoordelen of er sprake is van (een) overtreding(en) van artikel 49a van de Wmg. Hierbij zal de NZa tevens ingaan op de zienswijze van [A].
89. In paragraaf 5.1 beoordeelt de NZa welke bij de transacties betrokken partijen kwalificeren als zorgaanbieder in de zin van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg. In paragraaf 5.2 beoordeelt de NZa of sprake of van een (of meerdere) concentratie(s) als omschreven in de Mededingingswet. In paragraaf 5.3 beoordeelt de NZa of het verbod van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg van toepassing is op de onderhavige concentratie(s). In paragraaf 5.4 beoordeelt de NZa tot slot, indien sprake is van een of meer concentraties die vallen onder het verbod van artikel 49a van de Wmg, of deze tot stand zijn gebracht zonder daaraan voorafgaande goedkeuring van de zorgautoriteit.

**5.1 Zorgaanbieders in de zin van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg**

90. [A] is een stichting naar Nederlands recht en is de holdingmaatschappij van een aantal organisaties die zorg leveren, waaronder [C] en [B]. [A] levert stafdiensten ten behoeve van de groep. [A] is enig aandeelhouder en tevens bestuurder van ten minste één dochteronderneming die zorg in de zin van artikel 1, onderdeel b, van de Wmg verleent, te weten [B]. [A] oefent juridische en feitelijke zeggenschap uit over deze zorgaanbieder. Dit betekent dat [A] indirect, via haar dochteronderneming(en), zorg verleent in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg. De NZa kwalificeert [A] daarom als zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg.
91. Anders dan de NZa, stelt [A] zich in haar zienswijze op het standpunt dat [A] geen zorgaanbieder is in de zin van artikel 1, onder c, onder 1, van de Wmg, omdat [A] zelf geen zorg aanbiedt en ook geen zorgverleners inzet. [A] voldoet derhalve niet aan de definitie van 'zorgaanbieder' in de Wmg. Daarnaast valt de factoringmaatschappij, die namens de zorgaanbieder factureert en in artikel 1, onder c, onder 2, van de Wmg als zorgaanbieder wordt gekwalificeerd, niet onder de reikwijdte van artikel 49a van de Wmg. De Wmg biedt geen enkel aanknopingspunt voor de conclusie uit het toezichtrapport dat de feitelijke en juridische zeggenschap die [A] uitoefent als bestuurder over [B] maakt dat [A] indirect via haar dochteronderneming zorg verleent. Aldus is [A] geen normadessaat van artikel 49a van de Wmg. Ook de benadering van de NZa dat moet worden gekeken naar de gehele groep van de betrokken zorgaanbieder, vindt geen grondslag in de Wmg. Tevens mist een wettelijke grondslag voor de poging van de NZa om het hiaat van de wetgever te repareren door een uitleg te hanteren gebaseerd op het begrip onderneming uit het (Europees) mededingingsrecht, aldus [A].

92. [A] acht het bovenstaande van belang, omdat bij het opleggen van een bestuurlijke boete (een punitieve sanctie) rekening moet worden gehouden met het legaliteitsbeginsel (artikel 5:4 van de Awb, artikel 7 van het EVRM en artikel 15 IVBPR). Het *lex certa* beginsel dat daarvan onderdeel uitmaakt schrijft voor dat een voorschrift dat door bestuurlijke sancties wordt gehandhaafd, voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar dient te zijn. Aan die norm voldoet artikel 49a van de Wmg niet, althans niet in de uitleg die de NZa daaraan geeft, aldus [A].
93. Uit het feit dat [A] een fusiemelding heeft ingediend, volgt niet dat [A] het eens is met de te ruime uitleg die de NZa aan het begrip zorgaanbieder geeft bij de invulling van artikel 49a van de Wmg. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat de NZa niet bevoegd is een bestuurlijke boete op te leggen aan [A], aldus [A].
94. De NZa beoordeelt deze zienswijze van [A] als volgt. Een dermate enge uitleg van de fusietoets die ertoe zou leiden dat een concentratie, die tot stand wordt gebracht door een moedermaatschappij van een zorgaanbieder die zeggenschap kan uitoefenen over die zorgaanbieder (of diens zustermaatschappij), buiten de reikwijdte van de zorgspecifieke fusietoets zou vallen, strookt niet met de bedoelingen van de wetgever.<sup>8</sup> Bij een dergelijke uitleg zou de zorgspecifieke fusietoets eenvoudig kunnen worden ontlopen. Het komt immers vaak voor dat concentraties tot stand worden gebracht, niet door de natuurlijke persoon of rechtspersoon die zorg verleent, maar bijvoorbeeld door één van de entiteiten die behoort tot dezelfde groep (concern) als de onderneming die zorg verleent, bijvoorbeeld diens moedermaatschappij. Bovendien zou het met een dergelijke uitleg mogelijk zijn om de fusietoets te ontlopen door relatief eenvoudige structuurwijzigingen aan te brengen in de organisatiestructuur van de zorgaanbieder. Zo zou bijvoorbeeld door het oprichten van een nieuwe rechtspersoon als partij die de concentratie tot stand zal brengen de toepasselijkheid van de toets kunnen worden ontweken. De natuurlijke persoon of rechtspersoon die de zorg verleent, brengt dan immers geen concentratie tot stand, terwijl de zeggenschap over deze natuurlijke persoon of rechtspersoon wel degelijk verandert.
95. De NZa constateert op grond van het voorgaande dat [A] wel degelijk een normadressaat is van artikel 49a van de Wmg. Het beroep van [A] op het *lex certa* beginsel, wijzigt deze kwalificering niet. Het *lex certa* beginsel is evenwel relevant bij de beoordeling of de NZa bevoegd is tot het opleggen van een boete aan [A]. De NZa zal hier in de randnummers 121 tot en met 126 nader op ingaan.
96. [C] is actief op het gebied van de levering van ondersteuning die vrijwel volledig onder de Wmo 2015 valt. [C] levert geen zorg in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg en is dus geen zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg.
97. [B] biedt zorg aan op basis van de Jeugdwet, Wlz, Zvw en de Wmo. [B] levert zorg in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg en is dus een zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg.

Kenmerk

241773-354609

---

<sup>8</sup> Kamerstukken II, 2015/2016, 34 445, nr. 3, paragraaf 4.3.2.

98. [D] was voorafgaand aan de in randnummer 12 beschreven transactie een lege en kwalificeert derhalve niet als zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg. In de periode tussen de in randnummer 12 beschreven transactie en de in de randnummers 13 tot en met 15 beschreven transacties, verleende [D] met enkele medewerkers zorg in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg en was [D] aldus een zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg.
99. [F] verleende in de periode voorafgaand aan de transactie als beschreven in randnummer 12, zorg in de zin van artikel 1, onder b, van de Wmg. [F] was aldus een zorgaanbieder in de zin van artikel 1, onderdeel c, onder 1, van de Wmg.

Kenmerk

241773-354609

## 5.2 Concentratie als omschreven in de Mededingingswet

100. Vaststaat dat met de transactie genoemd in randnummer 12 per 1 januari 2015 [D] feitelijk, en per 1 mei 2015 bij schriftelijke overeenkomst, zeggenschap heeft verkregen over de door haar verworven ondernemingsonderdelen van [F]. Dit blijkt uit de door [A] overgelegde ondertekende overeenkomst tot koop en verkoop van activa en passiva tussen [D] en [F].
101. Tevens staat vast dat met de transacties genoemd in de randnummers 13 tot en met 15 [B] en [C], door de overname van werknemers en cliënten van [D], per 1 november 2015 respectievelijk 31 december 2015 zeggenschap hebben verkregen over de door hen verworven ondernemingsonderdelen van [D].<sup>9</sup>
102. Aan de overgenomen ondernemingsonderdelen is een marktomzet toe te wijzen. Zowel [D], als [B] en [C] hebben de overgenomen activiteiten daadwerkelijk voortgezet.
103. Hieruit volgt dat de in de randnummers 12 tot en met 15 genoemde transacties kwalificeren als verkrijging van zeggenschap in de zin van artikel 27, eerste lid, aanhef, onder b, van de Mw, en daarmee als concentratie als omschreven in de Mw.
104. De toezichthouders van de NZa beschouwen bovengenoemde transacties onder de randnummers 12 tot en met 15 als één concentratie. Dit concluderen zij op basis van interne stukken van [A] waaruit zou volgen dat het van meet af aan de bedoeling was om de activiteiten van [F] uiteindelijk over te dragen aan [A] en uit het feit dat [D] niet duurzaam zeggenschap heeft verkregen over de overgenomen activiteiten van [F]. Voor zover de transactie tussen [F] en [D] wel als een opzichzelfstaande concentratie zou moeten worden aangemerkt, dan beschouwen de toezichthouders van de NZa de drie transacties tussen [D] en [C] respectievelijk [B] uit de randnummer 13, 14 en 15 in ieder geval als één enkele concentratie, gelet op de zeer nauwe verbondenheid en onderlinge samenhang van de drie transacties.

---

<sup>9</sup> Bijlage 4 bij het toezichtrapport.

105. [A] heeft in haar zienswijze aangegeven dat de beoordeling door de toezichthouders van de NZa, dat uit interne stukken ondubbelzinnig zou blijken dat het van meet af aan de intentie is geweest de activiteiten van [F] uiteindelijk in de [A]-groep te laten landen, zowel feitelijk als juridisch onjuist is. Hoewel het onderscheid of er begin 2015 al overeenstemming was voor de beoordeling van de zaak eigenlijk niet ter zake doet – de NZa en [A] zijn het er immers over eens dat pas op 1 november 2015 een transactie plaatsvindt die bij de NZa had moeten worden gemeld – kan deze beoordeling de indruk wekken dat [A] bewust de grenzen van de wet zou hebben opgezocht of dat [A] de NZa verkeerd zou hebben voorgelicht, nu [A] heeft verklaard dat dit niet van meet af aan de intentie is geweest. [A] vindt het van belang deze suggestie weg te nemen.
106. In dit verband wijst zij allereerst op het juridische kader voor de beoordeling. De Geconsolideerde mededeling van de Europese Commissie stelt dat het wenselijk is meerdere transacties die zodanig nauw verweven zijn dat de ene transactie niet zou zijn gesloten zonder de andere, als één concentratie te behandelen.
107. [A] stelt dat er geen wederzijdse voorwaarden zijn. Deze zijn door partijen nooit overeengekomen. Tevens was er geen sprake van onderlinge afhankelijkheid. Zo was er geen overeenstemming over een opvolgende overdracht aan [A]. Er werd hooguit rekening mee gehouden dat [D] de activiteiten op enig moment alsnog zou overdragen aan [A]. Dat verklaart ook waarom de Raad van Toezicht van [A] al sinds april 2015 doorlopend werd geïnformeerd. Ook het door [A] hanteren van de term [F]-activiteiten is geen bewijs van een juridische of feitelijke afhankelijkheid. De daadwerkelijke overeenstemming met [D] is aantoonbaar van later datum – op zijn vroegst 19 mei 2015. Aldus wordt volgens [A] de beoordeling in het toezichtrapport (randnummer 57 tot en met 62) niet gedragen door de stukken en is onjuist.
108. De NZa is het met [A] eens dat het voor de beoordeling van de onderhavige zaak niet ter zake doet of de overnames door [D], [B] en [C] tezamen één concentratie vormen, of dat de overname door [D] een aparte concentratie vormt die zich onderscheidt van de overnames door [B] en [C]. Immers, de beoordeling of [A] tijdig een concentratie heeft gemeld wordt hierdoor niet anders: zou de overname door [D] een aparte concentratie vormen, dan geldt dat voor deze overname geen voorafgaande goedkeuring door de NZa is vereist (zie randnummer 116). Zou de overname door [D] één concentratie vormen met de overnames door [B] en [C], dan volgt uit artikel 30 van de Mw dat deze gemeld had moeten worden voor de laatste van deze overnames tot stand kwam. Nu geen van deze concentraties tijdig is gemeld (zie randnummers 117 en 118), wordt ook hier de beoordeling door de NZa niet anders van. De NZa laat in het midden of de overnames door [D], [B] en [C] tezamen één concentratie vormen, of dat de overname door [D] een aparte concentratie vormt die zich onderscheidt van de overnames door [B] en [C], nu dit de materiële beoordeling niet beïnvloedt.
109. Met [A], is de NZa van oordeel dat de verwervingen van de activiteiten van [D] door de dochterondernemingen van [A], [B] en [C], tezamen één concentratie vormen. Immers, door deze verwervingen heeft [A] binnen een beperkt tijdsbestek middellijk zeggenschap verkregen over

Kenmerk

241773-354609



alle van [D] overgenomen activiteiten. Omdat partijen de overnames mondeling overeen zijn gekomen, is niet op schrift vastgelegd dat geen van de transacties zou worden gesloten zonder dat de andere transacties worden gesloten. [A] heeft hierover evenwel verklaard dat het van meet af aan de bedoeling was dat [A] zorggroep alle activiteiten van [D] over zou nemen, die [D] eerder van [F] had overgenomen. Pas later in het traject is, kijkend naar de bedrijfsactiviteiten van [C] en [B], besproken welke werknemers en cliënten zouden worden overgedragen aan [C], en welke aan [B].<sup>10</sup>

Kenmerk

241773-354609

110. Op grond hiervan concludeert de NZa dat deze verwervingen van de activiteiten van [D] door [A] op een economische wijze zodanig met elkaar verbonden zijn, dat deze verwervingen als één concentratie in de zin van artikel 27 en 30 van de Mw moeten worden beschouwd. De overname van de activiteiten van [D] door [A] betreft derhalve een concentratie als omschreven in de Mededingingswet. Deze concentratie is op grond van artikel 30 van de Mw tot stand gebracht op de dag van de laatste transactie, te weten 31 december 2015.

### 5.3 Toepasselijkheid van de Wmg

111. Het verbod van artikel 49a van de Wmg om een concentratie tot stand te brengen zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa is alleen van toepassing op zorgaanbieders die in de regel door minstens vijftig personen zorg doet verlenen.
112. [A] en [B] zijn zorgaanbieders als bedoeld in artikel 49a van de Wmg. [B] verleent zorg in de zin van artikel 1, onderdeel b, van de Wmg met in de regel minstens vijftig personen. Het verbod van artikel 49a van de Wmg is daarom van toepassing op [B]. Hieruit volgt dat ook [A] indirect, via haar dochteronderneming(en), zorg in de zin van artikel 1, onderdeel b, van de Wmg verleent met in de regel minstens vijftig personen. Het verbod van artikel 49a van de Wmg is daarom ook van toepassing op [A].
113. Voor de overname van de activiteiten van [D] door [A] betekent dit, dat deze valt onder het verbod van artikel 49a van de Wmg, omdat het een concentratie als omschreven in de Mededingingswet betreft, die tot stand is gebracht door een zorgaanbieder die in de regel door minstens vijftig personen zorg doet verlenen. Derhalve was voor deze concentratie de voorafgaande goedkeuring van de NZa vereist.
114. [D] was vóór de transactie met [F] geen zorgaanbieder als bedoeld in artikel 49a van de Wmg. [C] is ook geen zorgaanbieder als bedoeld in artikel 49a van de Wmg. [D] en [C] zijn derhalve geen normadressaat van het verbod van artikel 49a van de Wmg.
115. [F] en [D] worden als overdragende partij niet als een bij de concentratie betrokken partij aangemerkt. [F] en [D] als overdragende partij zijn derhalve evenmin normadressaat van het verbod van artikel 49a van de Wmg.

<sup>10</sup> Brief van Van Doorne, gemachtigde van [A], met kenmerk 15501722/5296858, d.d. 22 augustus 2016.

116. Voor de overname van de activiteiten van [F] door [D] betekent dit, dat deze niet valt onder het verbod van artikel 49a van de Wmg, omdat deze – hoewel het een concentratie als omschreven in de Mededingingswet betreft – niet tot stand is gebracht door een zorgaanbieder die in de regel door minstens vijftig personen zorg doet verlenen.

**Kenmerk**  
241773-354609

#### **5.4 Tijdsige goedkeuring**

117. In randnummer 113 is vastgesteld dat voor de overname van de activiteiten van [D] door [A] voorafgaande aan de concentratie goedkeuring door de NZa in de zin van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg vereist is. In randnummer 110 is vastgesteld dat deze concentratie tot stand is gekomen op 31 december 2015. Vaststaat dat deze concentratie niet voorafgaand aan deze datum bij de NZa is gemeld, maar dat de concentratie nadien bij e-mail d.d. 17 maart 2016 door de destijds gemachtigde van [A] aan de NZa kenbaar is gemaakt.
118. Artikel 49a van de Wmg verbiedt het [A] en [B] om een concentratie tot stand te brengen, zonder daaraan voorafgaande goedkeuring van de NZa. Nu de concentratie noch door [A], noch door [B] tijdig is gemeld en voor deze concentratie nochtans geen goedkeuring door de NZa is verleend alvorens deze tot stand is gebracht, hebben [A] en [B] het verbod van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg overtreden.

#### **5.5 Conclusie**

119. De NZa concludeert dat [A] en [B] artikel 49a, eerste lid, van de Wmg hebben overtreden en als overtreders kunnen worden aangemerkt.

#### **6. Boete**

120. De NZa oordeelt in het hiernavolgende of op grond van het vorenstaande, het passend is om de overtreding van [A] en [B] te beboeten.

##### *Lex certa beginsel*

121. Zoals reeds hierboven genoemd, heeft [A] aangevoerd dat bij het opleggen van een bestuurlijke boete rekening moet worden gehouden met het legaliteitsbeginsel (artikel 5:4 van de Awb, artikel 7 van het EVRM en artikel 15 IVBPR). Het lex certa beginsel dat daarvan onderdeel uitmaakt schrijft voor dat een voorschrift dat door bestuurlijke sancties wordt gehandhaafd, voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar dient te zijn. Aan die norm voldoet artikel 49a van de Wmg niet, althans niet in de uitleg die de NZa daaraan geeft, aldus [A].

122. De NZa beoordeelt deze zienswijze als volgt. Artikel 5:4 van de Awb stelt dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts bestaat voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend. Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven. **Kenmerk**  
241773-354609
123. De NZa constateert reeds in randnummer 95 dat [A] wel degelijk een normadressaat is van artikel 49a van de Wmg. Hoewel het beroep van [A] op het lex certa beginsel deze kwalificering niet wijzigt, deelt de NZa de mening van [A] dat de wettelijke voorschriften haar op voorhand onvoldoende duidelijk hebben kunnen zijn, zodat het haar mogelijk niet op voorhand duidelijk is geweest dat zij als normadressaat van artikel 49a van de Wmg zou kwalificeren. Hiertoe overweegt de NZa het volgende.
124. De NZa acht het zonder meer duidelijk dat een uitleg van de wet waarbij een moederonderneming als [A] geen normadressaat zou zijn van artikel 49a van de Wmg onjuist is, omdat met een dergelijke uitleg de concentratietoets een dode letter zou worden, daar deze eenvoudig te ontlopen zou zijn met een structuurwijziging in de organisatie van de zorgaanbieder. De NZa is zich er evenwel van bewust dat de tekst van de wet heeft geleid tot een discussie over dit onderwerp. Naar aanleiding van deze discussie heeft de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport het huidige artikel 49a van de Wmg nader toegelicht en voorgesteld om artikel 49a van de Wmg te wijzigen.<sup>11</sup> Tevens is begin 2016 het meldingsformulier van de NZa gewijzigd, waarbij een uitleg is toegevoegd omtrent het begrip 'zorgaanbieder' bij de zorgspecifieke concentratietoets; een uitleg die in het voorgaande formulier nog ontbrak.<sup>12</sup> Nu deze verheldering van de Minister en toevoeging aan het meldingsformulier van de NZa van latere datum zijn dan de tot stand gebrachte concentratie tussen [D] en [A], is de NZa het met [A] eens dat gezien de destijds lopende discussie over dit onderwerp, het voor [A] mogelijk onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar was dat ook zij normadressaat was van artikel 49a van de Wmg.
125. Dat [A] lopende bovengenoemde discussie reeds eerder een melding heeft gedaan waaruit blijkt dat [A] zich in die zaak als normadressaat van artikel 49a van de Wmg beschouwde, doet niet af aan de constatering van de NZa dat – tot het moment waarop de Minister in haar brief aan de Kamer nadere duidelijkheid heeft verschaft en de NZa de toelichting bij het meldingsformulier verduidelijkte – de regels omtrent het melden van zorgconcentraties op dit punt onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar waren.

<sup>11</sup> Kamerstukken II, 2015/2016, 34 445, nr. 3, gepubliceerd op 12 april 2016, paragraaf 4.3.2.

<sup>12</sup> De toegevoegde tekst, betreft de tekst in paragraaf 1.3 van het Meldingsformulier: '*Voor de toepassing van de zorgspecifieke concentratietoets wordt als zorgaanbieder beschouwd: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die, direct of indirect, beroeps- of bedrijfsmatig zorg verleent in de zin van artikel 1, onder b, Wmg. Van direct beroeps- of bedrijfsmatig zorg verlenen is sprake, indien een natuurlijke persoon of rechtspersoon zelf zorg verleent. Van indirect beroeps- of bedrijfsmatig zorg verlenen is sprake, indien een (moeder)onderneming zelf geen zorg verleent, maar wel zeggenschap kan uitoefenen over een (dochter)onderneming die zorg verleent'. Bepalend is wie feitelijk bij machte is de zeggenschap over een zorgaanbieder uit te oefenen.*'

126. De NZa constateert op grond van het voorgaande dat zij gelet op artikel 5:4, eerste lid, van de Awb, niet bevoegd is tot het opleggen van een boete aan [A].

Kenmerk

241773-354609

*Eerste overtreding van artikel 49a van de Wmg*

127. De NZa volgt de veronderstelling van [A] niet dat er geen reden is tot het opleggen van een boete, of dat enige terughoudendheid bij handhaving op zijn plaats is omdat het voor het eerst is dat overtreding van artikel 49a van de Wmg door de NZa wordt onderzocht.
128. De omstandigheid dat nog niet eerder een overtreding van artikel 49a van de Wmg is onderzocht, is geen reden om de boete te matigen. Het niet naleven van de voorschriften in de Wmg levert een overtreding op. Van [B], een professionele partij, mag en kan worden verwacht dat hij op de hoogte is van de huidige wet- en regelgeving. In dit geval heeft [A] verklaard dat men op de hoogte was van de plicht om te melden, maar is het over het hoofd gezien.<sup>13</sup>

### **6.1 Algemene uitgangspunten boete-oplegging**

129. Op grond van artikel 85, eerste lid, van de Wmg beschikt de NZa over de bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen aan degene die het bepaalde bij of krachtens de artikelen 23, 34 t/m 45, 48, eerste lid, 49, 49a, 49c, derde lid, 49d, tweede lid, 61, 62 of 68 van de Wmg overtreedt. Deze zaak ziet op de vastgestelde overtreding van artikel 49a van de Wmg.
130. Artikel 85, tweede lid, van de Wmg stelt de boete voor zodanige overtredingen op ten hoogste € 500.000 of, indien dat meer is, tien procent van de omzet van de onderneming in Nederland.
131. Ingevolge artikel 85, derde lid, van de Wmg geschiedt de berekening van de omzet op de voet van hetgeen artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt voor de netto-omzet.<sup>14</sup> De NZa gaat hierbij uit van de totale netto-jaaromzet van de overtreder (zoals opgenomen in de jaarrekening) in het laatst afgesloten boekjaar, tenzij deze naar de mening van de NZa geen passende beboeting toelaat.
132. De NZa houdt bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst, de duur en de frequentie van overtredingen en de mate waarin deze aan de overtreder kunnen worden verweten, waarbij zo nodig rekening wordt gehouden met de omstandigheden waaronder deze overtredingen zijn gepleegd.
133. Om tot een evenredige boete te komen, doorloopt de NZa op basis van de Beleidsregel bestuurlijke boete<sup>15</sup> bij de boetetoemeting de volgende stappen.

<sup>13</sup> Toezichtrapport, randnummers 26, 41 en 94.

<sup>14</sup> De netto-omzet is gedefinieerd als: de opbrengst uit levering van (goederen en) diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen.

<sup>15</sup> Beleidsregel bestuurlijke boete Wet marktordening gezondheidszorg 2015 AL/BR-0048.

134. De NZa heeft de overtredingen van artikelen die op grond van de Wmg beboetbaar zijn ingedeeld in zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Aan de hand daarvan wordt de ernst van de overtreding (in abstracto) vastgesteld. Hiervoor wordt een boetegrondslag bepaald. De boetegrondslag is uitgedrukt als een percentage van de netto-omzet. Op die manier wordt de ernst van de overtreding (in abstracto) tot uitdrukking gebracht in het boetebedrag. Vervolgens beoordeelt de NZa de ernst van de overtreding in concreto.
135. De NZa stelt de boete eventueel bij aan de hand van bijkomende (boeteverhogende of boeteverlagende) omstandigheden. Deze omstandigheden worden van geval tot geval beoordeeld. Als boeteverhogende omstandigheid kan bijvoorbeeld worden aangemerkt recidive. Als boeteverlagende omstandigheid kan bijvoorbeeld worden aangemerkt de omstandigheid dat de overtreder op eigen initiatief de overtreding heeft beëindigd. Boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden worden in beginsel in het boetebedrag verwerkt met een verhoging of verlaging van het boetebedrag.
136. Vanwege de beoogde preventieve werking zal de NZa de hiervoor geschetste boetesystematiek hanteren voor zover de beoogde boetehoogte conform de hiervoor geschetste systematiek in belangrijke mate het genoten voordeel van de overtreder, dan wel het berokkend nadeel van belanghebbenden, ontnemt. Indien dit niet het geval is, zal de NZa van de hiervoor geschetste systematiek afwijken. In dat geval zal de NZa een boetehoogte hanteren die haar redelijk voorkomt, met inachtneming van het wettelijk maximum.

Kenmerk

241773-354609

## 6.2 Ernst van de overtreding in abstracto

137. Overeenkomstig de Beleidsregel Bestuurlijke boete wordt de overtreding van artikel 49a van de Wmg in abstracto als zeer zwaar geclassificeerd.
138. Een overtreding van artikel 49a van de Wmg schaadt immers de kernwaarden van de Wmg.
139. Voorts betreft de overtreding van artikel 49a van de Wmg, in een formele wet strafbaar gestelde, gedraging waarop de NZa toezicht houdt uit het oogpunt van het consumentenbelang in het algemeen, transparantie en marktwerking.
140. Dat ook de wetgever de overtreding van voornoemde bepalingen zeer zwaar acht blijkt uit het feit dat bij de beboetbaarheid van een overtreding van de artikel 49a van de Wmg is uitgegaan van een relatief hoog maximumbedrag voor een bestuurlijke boete.
141. Hiervoor is aangegeven dat de NZa voor het bepalen van de boetegrondslag uitgaat van de totale netto jaaromzet van de overtreder (zoals opgenomen in de jaarrekening) in het jaar voorafgaand aan de boetebeschikking, tenzij deze omzet naar het oordeel van de NZa geen passende boeting toelaat.

142. Nu de NZa zich niet bevoegd acht tot het opleggen van een boete aan [A] (zie randnummer 126), zal zij enkel uitgaan van de totale netto jaaromzet van [B]. Uit de meest recente jaarrekening van [B] blijkt dat de netto-omzet van [B] in 2016 in totaal € [vertrouwelijk...] bedroeg.<sup>16</sup>
143. Voor de categorie 'zeer zware overtredingen' geldt op grond van de Beleidsregel Bestuurlijke boete een boetegrondslag van 5% van de netto-omzet, nu de omzet van [B] lager is dan € 20 miljoen.
144. Ten aanzien van de overtredingen van de artikel 49a van de Wmg leidt dit tot een boetegrondslag (afgerond) van 5% van de netto-omzet van € [vertrouwelijk...]= € [vertrouwelijk...].

Kenmerk

241773-354609

### 6.3 Ernst van de overtreding in concreto

145. Ingevolge de Beleidsregel Bestuurlijke boete beoordeelt de NZa de context van de overtredingen aan de hand van onder meer de economische context, de eventuele aanmerkelijke marktmacht van de overtreder, de onomkeerbaarheid van de gevolgen van de overtreding en de vraag in hoeverre het belang van de consument dan wel het belang van de zorg in dit concrete geval zijn geschaad.
146. Ten aanzien van de stelling van [A] dat de toezichthouders de overtreding niet naar analogie van de uitspraak van het CBb<sup>17</sup> als zeer ernstig kunnen kwalificeren, oordeelt de NZa als volgt.
147. Conform de beleidsregel bestuurlijke boete bepaalt de NZa – niet zijnde de toezichthouders die het toezichtrapport hebben opgesteld – afhankelijk van de uitkomst van de abstracto-toets, in combinatie met de daaropvolgende concreto-toets de ernst van de overtreding.
148. Deze stap behelst de weging van de context van de overtreding in concreto alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval. In het licht hiervan beoordeelt de NZa de ernst van de voornoemde overtredingen als volgt.
149. Op grond van de vastgestelde feiten en de juridische beoordeling daarvan staat volgens de NZa vast dat [B] artikel 49a van de Wmg heeft overtreden. Uit het voorgaande is vast komen te staan dat [B] op de hoogte was van het verbod een concentratie tot stand te brengen zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa.<sup>18</sup> Aldus had [B] de voorgenomen concentratie moeten melden bij de NZa.

<sup>16</sup> Uittreksel uit het register van de Kamer van Koophandel, [vertrouwelijk...].

<sup>17</sup> Toezichtrapport, randnummer 81.

<sup>18</sup> Toezichtrapport, randnummer 37.

150. Op basis van de voorschriften uit de artikelen 49a, 49b en 49c van de Wmg toetst de NZa onder meer of bij een concentratie, waarbij ten minste één zorgaanbieder is betrokken die door in de regel meer dan vijftig personen zorg doet verlenen, de beschikbaarheid van de zorgverlening in geding komt en of zorgvuldig is omgegaan met de belangen van cliënten en personeel.<sup>19</sup> Door een dergelijke concentratie niet te melden kan de NZa dit niet beoordelen.
151. Naar zijn aard kan deze overtreding, eenmaal begaan, niet worden hersteld. Aldus heeft het niet-melden van een voorgenomen concentratie de mogelijkheden tot adequate controle in ernstige mate bemoeilijkt. Dit heeft rechtstreeks implicaties gehad voor de mogelijkheid voor de NZa om haar toezicht op de naleving van artikel 49a van de Wmg uit te oefenen.
152. Voor beoordeling door de NZa van de in hoofdstuk 4 van de Wmg opgenomen vereisten in het kader van de zorgspecifieke concentratietoets is het ontvangen van een aanvraag essentieel. Het initiatief ligt bij de zorgaanbieder die voornemens is een concentratie tot stand te brengen, die daarmee een actieve informatieplicht heeft. De NZa is voor haar beoordeling afhankelijk van dit initiatief en deze actieve informatieplicht.<sup>20</sup> Overtreding van artikel 49a van de Wmg, door geen of te laat goedkeuring te vragen voorafgaand aan het tot stand brengen van een concentratie, vormt een zeer ernstige ondermijning van de effectiviteit van de taken van de NZa in het kader van de concentratietoets. Aldus wordt ernstig afbreuk gedaan aan de doelstelling van de zorgspecifieke concentratietoets.
153. In het toezichtrapport is bij de beoordeling van de ernst van de overtreding meegewogen dat pas ruim een jaar na het tot stand brengen van de concentratie door de NZa een aanvraag om goedkeuring is ontvangen. [A] is van oordeel dat de omstandigheid dat er een lange periode zit tussen de eerste melding op 17 maart 2016 en de aanvraag om goedkeuring op 30 maart 2017 hen niet te verwijten valt. In de (mondelijke) zienswijze heeft [A] naar voren gebracht dat het reeds kort na de eerste melding de vraag bij de NZa heeft neergelegd of het, gezien het feit dat de concentratie op dat moment al had plaatsgevonden, nog noodzakelijk was om de aanvraag in te dienen. Met de procedure is namelijk veel tijd en geld gemoeid. De toezichthouders hebben tijdens de hoorzitting verklaard dat door personele wisselingen op het dossier pas zeer laat in het proces de vraag van [A] is beantwoord.
154. Voor het vaststellen van de overtreding is overigens het tijdsverloop tussen de eerste melding en het indienen van de aanvraag om goedkeuring niet relevant. In dit geval hebben zowel de melding als de aanvraag plaatsgevonden nádat de concentratie tot stand was gekomen. Dat er mede door het laat beantwoorden van de vraag van [A] – of indienen van de aanvraag nog noodzakelijk was – door de toezichthouders een lange periode zit tussen de melding en de aanvraag, maakt de overtreding naar het oordeel van de NZa niet ernstiger.

Kenmerk

241773-354609

<sup>19</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 253, nr. 3, p. 28.

<sup>20</sup> Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 14 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3055 (m.n. r.o. 5.4).

155. Verder stelt [A] dat de transactie veelvuldig voorkomt onder de Wmo zonder dat sprake is van een meldingsplicht, waardoor een vergissing niet onbegrijpelijk is. **Kenmerk**  
241773-354609
156. De NZa volgt deze veronderstelling niet. Uit het toezichtrapport blijkt dat weliswaar sprake was van een vergissing, maar het is aan [A] om een aanvraag om goedkeuring in te dienen bij de NZa. Dat het, naar [A] stelt, slechts om een vergissing zou gaan, komt voor haar rekening en risico en maakt niet dat [A] geen verwijt van deze overtreding kan worden gemaakt.
157. [A] merkt tevens op dat ingevolge de erg lage, enkelvoudige drempel van 50 zorgaanbieders er waarschijnlijk meer transacties zijn die ten onrechte niet bij de NZa worden gemeld. Met betrekking tot deze drempel wijst [A] naar een wetsvoorstel om de huidige drempels aan te passen.
158. De NZa overweegt dat bij concreet zicht op legalisatie een bestuursorgaan kan afzien van handhaving. In dit geval acht de NZa het gerechtvaardigd een boete op te leggen, nu slechts sprake is van een wetsvoorstel<sup>21</sup> dat nog niet is aangenomen door de Tweede Kamer en de Eerste Kamer. Bovendien is het voorstel om de drempel van 50 personen die werkzaam zijn bij de overnemende zorgaanbieder te vervangen door een drempelbedrag van circa € 7 miljoen voor de omzet. Gezien het feit dat [B] in 2015 (het jaar waarin de aanvraag voor het verkrijgen van goedkeuring van de concentratie gemeld had moeten worden) een omzet heeft behaald van ruim € [vertrouwelijk...], zou ook in dat geval de drempel worden gehaald en de goedkeuring voor de concentratie dienen te worden aangevraagd. Tevens is in het wetsvoorstel een tweede drempelbedrag € 500.000 opgenomen voor de andere betrokken onderneming. In de onderhavige zaak zou dit de over te nemen onderdelen van [D] betreffen. Gezien de omzet van bijna € [vertrouwelijk...] van [D] in 2015 zou ook deze drempel worden gehaald.<sup>22</sup>
159. De NZa is aldus van oordeel dat thans geen concreet zicht op legalisatie bestaat.
160. [A] stelt dat gemachtigde van een bevriende advocaat heeft begrepen dat de NZa in 2014 of 2015 toegestaan heeft dat voor een reeds geïmplementeerde concentratie alsnog een fusiemelding is gedaan en zonder handhaving is goedgekeurd.
161. De NZa merkt hierover op dat de bevoegdheid om al dan niet een punitieve sanctie op te leggen een discretionaire bevoegdheid is waarbij aan het gelijkheidsbeginsel een verminderde werking toekomt.<sup>23</sup> Nu [A] slechts heeft gesteld dat er sprake is van rechtsongelijkheid maar dit niet nader heeft gemotiveerd anders dan met de enkele opmerking van een bevriende advocaat, de NZa reeds hierom geen aanleiding ziet om te

---

<sup>21</sup> Kamerstukken II, 2015/2016, 34 445, nr. 3, p. 21.

<sup>22</sup> Bijlage 4 bij het toezichtrapport.

<sup>23</sup> Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2531.



oordelen dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt.

**Kenmerk**

241773-354609

162. Verder wijst [A] op een e-mail van een oud-medewerker van de NZa waarin deze aangeeft dat afzien van handhaving een reële mogelijkheid is als gekeken wordt naar de schaalgrootte. [A] vraagt zich af waarom in onderhavige zaak wordt afgeweken van deze beleidslijn.
163. De NZa merkt hierover op dat de oud-medewerker van de NZa niet heeft aangegeven dat in dit specifieke geval wordt afgezien van handhaving, maar uitsluitend dat afzien van handhaving een *reële mogelijkheid* is. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen,<sup>24</sup> vergt het gelijkheidsbeginsel een consistent en dus doordacht bestuursbeleid. In dit geval kan niet gesproken worden over een beleidslijn dat wordt afgezien van handhaving bij een geringe schaalgrootte. Derhalve is er geen sprake van rechtsongelijkheid.
164. [A] stelt zich ten slotte op het standpunt dat de transactie met betrekking tot de schaalgrootte gering is.
165. Het gaat in dit geval om in totaal 7 werknemers van [D] die naar [B] zijn overgegaan en 15 werknemers die zijn overgegaan naar [C].
166. De NZa is van oordeel dat voor het verbod een concentratie tot stand te brengen zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa het aantal medewerkers dat bij de transactie is betrokken (overgaat) niet ter zake doet.
167. Desalniettemin kan in dit concrete geval de omvang invloed hebben op de mate waarin de overtreding het consumentenbelang (in dit geval het belang van de stakeholders, zijnde cliënten en personeel) feitelijk kan hebben geschaad.
168. Mede van belang voor het bepalen van de ernstfactor is de omstandigheid dat [A] met de overname een vangnet heeft kunnen vormen voor de overgenomen cliënten die het risico liepen dat hun zorg niet werd gecontinueerd en voor de overgenomen medewerkers die hun baan dreigden te verliezen. Uit de notulen van de vergadering van de Raad van toezicht van [D]<sup>25</sup> van 2 oktober 2015 valt op te maken dat de omzet van [D] sterk dalende was en de kritische massa om een rendabele exploitatie te kunnen realiseren ontbrak. De concentratie moest daarom binnen een kort tijdsbestek plaatsvinden waardoor het niet onvoorstelbaar is dat het indienen van de aanvraag in het gedrang heeft kunnen komen.
169. Anders dan de conclusie die in het toezichtrapport wordt getrokken, namelijk dat sprake zou zijn van een zeer ernstige overtreding, is naar het oordeel van de NZa gelet op de omstandigheden dat [A] met de overname een vangnet heeft kunnen vormen voor cliënten en medewerkers, en dat op grond van de feiten en omstandigheden zoals

<sup>24</sup> Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 17 september 2009 in de zaak met nummer 200806602/1/V1.

<sup>25</sup> Bijlage 4.7 bij het toezichtrapport.

Kenmerk

241773-354609

deze zijn opgenomen in het toezichtrapport niet is gebleken dat in dit concrete geval het niet-melden van de voorgenomen concentratie onrechtmatig verkregen financieel voordeel heeft opgeleverd, sprake van een minder ernstige overtreding.

170. Er zijn verder geen argumenten op grond waarvan [B] geen verwijt kan worden gemaakt van deze overtreding. De NZa acht het dan ook aangewezen om – ten aanzien van de overtreding van artikel 49a van de Wmg – de ernstfactor vast te stellen op 0,25.

#### **6.4. Boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden**

171. De NZa constateert dat in deze zaak sprake is van een tweetal boeteverlagende omstandigheden.
172. [A] stelt dat de medewerking verder ging dan waartoe wettelijk verplicht. Dit moet worden aangemerkt als boeteverlagende omstandigheid.
173. In het toezichtrapport is geconstateerd dat deze medewerking niet verder ging dan de wettelijke plicht.
174. De medewerking bestond uit het onverplicht verstrekken van stukken die [A] heeft opgevraagd bij derde partijen om het onderzoek van de NZa te vergemakkelijken.
175. De NZa oordeelt op grond van het voorstaande dat [A] spontaan en zonder uitstel inlichtingen aan de toezichthouders heeft verstrekt die de feiten rondom de derde partijen [D] en [G] heeft opgehelderd en het onderzoek van de toezichthouders heeft vergemakkelijkt.<sup>26</sup> Tevens is de NZa het met [A] eens dat het fusietoezicht in de zorg beter functioneert indien een partij, zoals in dit geval [A], maximale transparantie betracht.
176. Overigens kan het geen beroep doen op het zwijgrecht waar [A] op wijst niet worden aangemerkt als verdergaande medewerking dan waartoe wettelijk verplicht.
177. Er is volgens de NZa, anders dan in het toezichtrapport is gesteld, wel sprake van een verdergaande medewerking dan waartoe [A] wettelijk was gehouden.
178. Ten tweede is de omstandigheid dat [A] de overtreding zelf op eigen initiatief bij de NZa heeft gemeld een reden om de boete te matigen.
179. Gelet op het voorgaande constateert de NZa dat in deze zaak geen sprake is van boeteverhogende omstandigheden.

---

<sup>26</sup> Uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 21 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW9126.

## 6.5. Conclusie hoogte boetebedrag

Kenmerk

180. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete neemt de NZa in acht dat de boete [B] van toekomstige overtredingen dient te weerhouden, en ook andere potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie). Voorts neemt de NZa in ogenschouw dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boete niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. 241773-354609
181. Gelet op het voorgaande acht de NZa het redelijk om voor de overtreding van artikel 49a van de Wmg [B] een boete op te leggen. Bij het bepalen van de hoogte van de boete houdt de NZa rekening met de ernst en omvang van de overtredingen, en de verwijtbaarheid van [B]. Aldus legt de NZa [B] een boete op voor de vastgestelde overtreding van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg van in totaal € 70.000.<sup>27</sup>

## 6.6 Besluit tot publicatie

182. Naar het oordeel van de NZa is er in beginsel aanleiding om transparantie te betrachten. Daartoe noopt het algemeen belang van artikel 8 van de Wob. Verder neemt de NZa in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.<sup>28</sup> Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.
183. Op grond van het voorgaande zal de NZa overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de bedrijfsvertrouwelijke gegevens en persoonsgegevens.
184. Van publicatie van het boetebesluit gaat een algemeen preventief effect uit richting potentiële andere overtreders. Indien in strijd wordt gehandeld met artikel 49a van de Wmg is de NZa bevoegd om een sanctie op te leggen, zoals in dit concrete geval ook is gebeurd.
185. Verder worden stakeholders zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Zij kunnen, indien zij hierdoor zijn getroffen of zelfs al hebben geklaagd over deze gedragingen, op deze manier te weten komen dat er effectief is gehandhaafd om hun belangen te beschermen.
186. Deze belangen dienen naar de mening van de NZa zwaarder te wegen dan de belangen van [B] bij het achterwege laten van publicatie van dit besluit.

<sup>27</sup> Dit is het (afgeronde) resultaat van de boetegrondslag van € [vertrouwelijk...] vermenigvuldigd met de ernstfactor 0,25 en gematigd in verband met boeteverlagende omstandigheden.

<sup>28</sup> ABRvS 10 november 2010, LJN: BO3468.

187. In dit concrete geval ziet de NZa onvoldoende belang – stakeholders zijn op de hoogte van de omstandigheid dat er pas ná het realiseren van de concentratie een aanvraag tot goedkeuring is ingediend bij de NZa – om bij de publicatie van het boetebesluit tevens de naam van de organisatie(s), waaronder [B], openbaar te maken. Aldus wordt hiervan afgezien.

**Kenmerk**

241773-354609

## **7. Besluit**

188. De NZa stelt vast dat [B] artikel 49a, eerste lid, van de Wmg heeft overtreden.
189. Op grond hiervan stelt de NZa voor de geconstateerde overtreding een boete vast van € 70.000 en legt deze boete op aan [B].
190. De NZa zal dit besluit met bijbehorende berichtgeving publiceren op haar website, met uitzondering van bedrijfsvertrouwelijke gegevens, persoonsgegevens en in dit bijzondere geval ook de naam van de organisatie(s).
191. Het in het besluit vastgestelde boetebedrag dient overeenkomstig artikel 4:87 van de Awb binnen zes weken na verzending van dit besluit te worden betaald door storting op bankrekeningnummer NL66 INGB 0669 2664 34 ten name van de Nederlandse Zorgautoriteit te Utrecht onder vermelding van het bovenstaande dossiernummer. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn wordt overeenkomstig artikel 4:98, eerste lid, van de Awb deze boete vermeerderd met de wettelijke rente.

Datum: 30 november 2017

Hoogachtend,  
Nederlandse Zorgautoriteit

dr. M.J. Kaljouw  
voorzitter Raad van Bestuur

*Indien u het niet eens bent met dit besluit dan kunt u binnen zes weken na verzending/bekendmaking van dit besluit een bezwaarschrift indienen bij de Nederlandse Zorgautoriteit. U kunt uw bezwaar indienen: per post of per fax. Het is niet mogelijk uw bezwaar via de e-mail in te dienen.*

**Kenmerk**

241773-354609

*Adres: Nederlandse Zorgautoriteit  
t.a.v. unit Juridische Zaken  
Postbus 3017  
3502 GA UTRECHT  
(In de linkerbovenhoek van de envelop vermeldt u:  
Bezwaarschrift)  
Fax: 030 – 296 82 96*

*Het bezwaar dient volgens artikel 6:5, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht schriftelijk en ondertekend te worden ingediend en dient ten minste de volgende gegevens te bevatten:*

- naam en adres van de indiener;
- de dagtekening;
- een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar zich richt;
- de gronden (onderbouwing) van het bezwaar.

*Wij verzoeken u een kopie van dit besluit bij te voegen.*