

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 22/1332

uitspraak van de meervoudige kamer van 19 september 2023 in de zaak tussen

de Familievereniging Leekerweide (Familievereniging), te Wognum,
(gemachtigden: mr. Y.M. Nijhuis en mr. I.L. van der Woude)

en

de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)
(gemachtigden: mr. T.P.J. Burgemeester en mr. S.H.G. Cnossen).

Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen:
de stichting **WilgaerdenLeekerweideGroep** (WLGroep), te Wognum,
(gemachtigde: W. Amersfoort).

Procesverloop

Op 23 augustus 2021 heeft de WLGroep goedkeuring aangevraagd voor concentratie tussen de Stichting LeekerweideGroep (Leekerweide) en de Stichting Ouderenzorg Wilgaerden (Wilgaerden).

Met het besluit van 1 oktober 2021 (het goedkeuringsbesluit) heeft de NZa die goedkeuring verleend.

De NZa heeft het bezwaar van de Familievereniging daartegen met het besluit van 20 juni 2022 ongegrond verklaard.

De Familievereniging heeft tegen dat besluit beroep ingesteld.

De NZa heeft een verweerschrift ingediend.

Op 16 mei 2023 heeft het College de zaak op een zitting behandeld. Aan die zitting hebben de gemachtigden mr. Nijhuis, mr. Burgemeester, mr. Cnossen en Amersfoort deelgenomen. Verder waren namens de Familievereniging aanwezig R. Zwanenburg en H.F. Kwaak en namens de NZa A. Ekiz, mr. L.A. Schakel en mr. R. van den Broek.

Overwegingen

Inleiding

Geschil, oordeel en leeswijzer

1.1 Deze zaak gaat over de vraag of de NZa naar aanleiding van de aanvraag van 23 augustus 2021 van de WLGroep goedkeuring mocht verlenen voor de concentratie tussen Leekerweide en Wilgaerden die al op 1 januari 2020 tot stand was gekomen. De goedkeuring is opnieuw aangevraagd nadat een eerder goedkeuringsbesluit door de NZa is ingetrokken.

1.2 Het College oordeelt dat de NZa die goedkeuring niet mocht verlenen. Volgens het College blijkt uit de stukken dat de Familievereniging niet bij de voorbereiding van de concentratie betrokken is geweest. Dit is een gebrek dat achteraf niet kan worden hersteld. Het College vernietigt de beslissing op bezwaar van 20 juni 2022 en herroept het goedkeuringsbesluit. Dit betekent dat er geen goedkeuring meer is voor de concentratie.

1.3 Hieronder geeft het College eerst achtergrondinformatie. Daarbij worden de feiten en omstandigheden beschreven en legt het College uit wat het beoordelingskader is. Daarna worden de standpunten en argumenten van de partijen samengevat weergegeven. Vervolgens motiveert het College zijn oordeel en geeft het College zijn beslissing.

Beoordelingskader en achtergrond van het geschil

2.1 De van belang zijnde bepalingen uit de Mededingingswet en de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. De bijlage maakt deel uit van deze uitspraak.

2.2 Het College geeft hieronder een korte beschrijving van het beoordelingskader.

2.2.1 De NZa is op grond van artikel 16, derde lid, van de Wmg belast met markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering, op het terrein van de gezondheidszorg.

2.2.2 Op grond van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg is het een zorgaanbieder verboden om een concentratie tot stand te brengen zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa.

2.2.3 In artikel 49b, eerste lid, van de Wmg is bepaald dat een aanvraag vergezeld gaat van een rapport over de verwachte effecten van de beoogde concentratie. In het tweede lid, onder g, van dit artikel, is bepaald dat het rapport inzicht moet bieden in het oordeel en de aanbevelingen van onder meer betrokkenen over het voornemen tot concentratie en een onderbouwing moet bevatten voor de wijze waarop het oordeel of de aanbevelingen zijn meegewogen bij het voornemen tot concentratie.

2.2.4 Artikel 49c, tweede lid, onder b en d, van de Wmg verplicht de Nza goedkeuring te onthouden aan de concentratie als het oordeel en de aanbevelingen van betrokkenen niet overtuigend en beargumenteerd zijn meegewogen in de besluitvorming tot concentratie of als het rapport onvoldoende inzicht biedt in de verwachte effecten van de concentratie aan de hand van de eisen die in artikel 49b, tweede lid, zijn neergelegd.

- 2.3 De concentratie tussen Leekerweide en Wilgaerden is op 1 januari 2020 tot stand gekomen. Voorafgaand daaraan, op 8 augustus 2019, hadden deze twee instellingen aan de Nza om goedkeuring voor het tot stand brengen van die concentratie verzocht. De Nza heeft die goedkeuring aanvankelijk ook verleend, bij besluit van 1 oktober 2019 (het goedkeuringsbesluit). Het bezwaar van de Familievereniging daartegen heeft de Nza bij besluit van 1 april 2020 niet-ontvankelijk verklaard, omdat de Familievereniging volgens de Nza geen belanghebbende was bij het goedkeuringsbesluit.
- 2.4 Het College heeft in zijn uitspraak van 9 februari 2021 (ECLI:NL:CBB:2021:142) geoordeeld dat de Familievereniging wel belanghebbende is bij het goedkeuringsbesluit. Het College heeft het besluit van 1 april 2020 daarom vernietigd en de Nza opgedragen om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen.
- 2.5 Uit de uitspraak van het College van 9 februari 2021 volgt tevens dat de Familievereniging een betrokkene bij de concentratie is in de zin van de artikelen 49b en 49c van de Wmg. Uit artikel 49c van de Wmg volgt dat alle betrokkenen op een zorgvuldige wijze bij de voorbereiding van een concentratie moeten worden betrokken. Het rapport dat bij de aanvraag voor goedkeuring moet worden overgelegd, moet onder andere inzicht bieden in het oordeel en de aanbevelingen van de betrokkenen over het voornemen tot de concentratie. En het moet ook inzicht bieden in de manier waarop dat oordeel en die aanbevelingen zijn meegewogen bij de besluitvorming.
- 2.6 Vast staat dat Leekerweide in het proces dat leidde tot de concentratie met Wilgaerden, de Familievereniging niet als betrokkene in de zin van de artikelen 49b en 49c van de Wmg beschouwde. Leekerweide heeft daarom geen advies over de voorgenomen concentratie gevraagd aan de Familievereniging.
- 2.7 De Familievereniging heeft wel ongevraagd advies over de concentratieplannen uitgebracht aan Leekerweide, maar Leekerweide en Wilgaerden hebben in hun goedkeuringsaanvraag van 8 augustus 2019 het oordeel en de aanbevelingen van de Familievereniging over de concentratie niet vermeld.
- 2.8 De Nza heeft in haar nieuwe beslissing op bezwaar van 29 juni 2021, ter uitvoering van de uitspraak van het College van 9 februari 2021, het eerdere goedkeuringsbesluit ingetrokken. De goedkeuringsaanvraag van 8 augustus 2019 en het daarbij behorende rapport gaven immers geen inzicht in de manier waarop de argumenten van de Familievereniging waren meegewogen in de besluitvorming. De Nza heeft de WLGroep in de gelegenheid gesteld om een nieuwe aanvraag voor goedkeuring te doen.
- 2.9 In de nieuwe goedkeuringsaanvraag met het daarbij gevoegde rapport, heeft de WLGroep alsnog een samenvatting van de oordelen en aanbevelingen van de Familievereniging opgenomen. Als conclusie is daarbij vermeld, waarbij voor LWG en WG gelezen moet worden: Leekerweide en Wilgaerden:
- “Er heeft een continue en constructieve dialoog plaats met de Familievereniging en er hebben tevens diverse fysieke overlegvergaderingen plaatsgevonden. De Familievereniging is tijdig en op begrijpelijke wijze op de hoogte gebracht van de fusieplannen en heeft haar oordelen en aanbevelingen daarover (bij herhaling) kenbaar kunnen maken. De oordelen en aanbevelingen, zijnde de fusieplannen niet door te zetten of alternatieve onderzoeken naar de meerwaarde van de fusie te laten verrichten, zijn overtuigend en beargumenteerd meegewogen in het besluitvormingsproces. De besturen van LWG en WG zijn van mening dat zij op basis van de

juiste overwegingen en op zorgvuldige wijze het voorgenomen fusiebesluit kunnen nemen met inachtneming van het negatieve advies van de Familievereniging.”

2.10 Daarna heeft de Nza opnieuw goedkeuring voor de concentratie verleend.

Standpunten van partijen

3.1 De Familievereniging voert aan dat de Nza ten onrechte goedkeuring voor de concentratie heeft verleend. Ten tijde van die goedkeuring was de concentratie namelijk al tot stand gekomen. Leekerweide heeft steeds het standpunt ingenomen dat de Familievereniging niet bij het besluitvormingsproces betrokken hoefde te worden. Dat kwam doordat Leekerweide enkel de cliëntenraad en de ondernemingsraad als betrokkenen in de zin van de artikelen 49b en 49c van de Wmg (“stakeholder”) zag. De Familievereniging werd niet bij het proces betrokken. Nadat de Familievereniging het beslisdocument voor de concentratie in een laat stadium ontving, kreeg zij niet de ruimte om een advies uit te brengen. De Familievereniging zag zich genoodzaakt om dan maar op 30 juli 2019 een ongevraagd advies uit te brengen. Leekerweide heeft niet op dat advies gereageerd. Het advies van de Familievereniging heeft geen wezenlijke invloed gehad op het besluitvormingsproces. De Familievereniging vindt het onbegrijpelijk dat Leekerweide naar aanleiding van de uitspraak van het College van 9 februari 2021 en de beslissing op bezwaar van 29 juni 2021 de fout in het besluitvormingsproces niet heeft gerepareerd: er is ook daarna geen reactie gekomen op het advies van de Familievereniging van 30 juli 2019 en de Familievereniging heeft geen hernieuwde inbreng op de concentratieplannen kunnen hebben. De Familievereniging is het daarom niet eens met de conclusie van de Nza dat de Familievereniging tijdig bij het besluit om te concentreren is betrokken en dat haar argumenten overtuigend en beargumenteerd in die besluitvorming zijn meegewogen. Verder biedt het rapport bij de goedkeuringsaanvraag onvoldoende inzicht in de financiële consequenties van de concentratie, de consequenties van de concentratie voor de zorgverlening, de consequenties van de concentratie voor de kwaliteit en de bereikbaarheid van de zorg en de mogelijke alternatieven voor een concentratie, zoals de samenwerking met een andere instelling voor gehandicaptenzorg.

3.2 De Nza stelt zich op het standpunt dat uit de stukken blijkt dat de Familievereniging voldoende zorgvuldig betrokken is geweest bij de voorbereiding van de concentratie. Dat was echter niet vermeld in het eerste aanvraagformulier. Daarmee was sprake van de schending van een vormvoorschrift. Volgens de Nza is de Familievereniging wel in staat geweest haar rol als betrokkene te vervullen en zijn haar oordelen en aanbevelingen overtuigend en beargumenteerd meegewogen door de WLGroep. De Nza stelt zich verder op het standpunt dat de systematiek van de Wmg op zichzelf niet in de weg staat aan de beoordeling van een aanvraag tot goedkeuring nadat de concentratie heeft plaatsgevonden. In veel gevallen ligt het opleggen van een boete meer voor de hand, maar in dit geval vond de Nza het zinvol om een nieuwe aanvraag toe te staan en op basis van het aangevulde aanvraagformulier alsnog te beoordelen of de concentratie kon worden goedgekeurd. Deze zaak onderscheidt zich namelijk van gevallen waarin concentrerende partijen een concentratie bewust niet hebben gemeld. Op het moment dat Leekerweide en Wilgaerden de concentratie tot stand brachten, op 1 januari 2020, beschikten zij over de daarvoor benodigde goedkeuring van de NZa. Bij de beslissing op bezwaar van 29 juni 2021 heeft de NZa haar goedkeuringsbesluit ingetrokken omdat de Familievereniging niet als betrokkene in het aanvraagformulier was genoemd. Maar de NZa had de concentratie inhoudelijk al beoordeeld, ook waar het ging om de inhoudelijke bezwaren van de Familievereniging. Mocht de NZa niet bevoegd zijn geweest om de concentratie achteraf op grond van de tweede aanvraag te beoordelen, dan verzoekt de NZa

om dit gebrek te passeren met toepassing van artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Beoordeling door het College

4.1 Het standpunt van de NZa dat de goedkeuring in voorkomend geval ook nog na de daadwerkelijke concentratie kan worden verleend, verdraagt zich niet met de tekst van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg. Daarin wordt de eis van voorafgaande goedkeuring gesteld. Belangrijker is dat uit de artikelen 49b en 49c van de Wmg volgt dat alleen voorafgaand aan het tot stand brengen van de concentratie aan de goedkeuringsvereisten voldaan kan worden. Dat betekent dat het achteraf verlenen van goedkeuring ondanks de bewoordingen van artikel 49a, eerste lid, van de Wmg, wellicht toch aanvaard kan worden als aannemelijk is dat wel is voldaan aan de goedkeuringsvereisten in artikel 49b en 49c. Als dat niet is gebeurd, is dat niet herstelbaar. Met het besluit van 29 juni 2021 heeft de NZa geoordeeld dat niet was gebleken dat aan de goedkeuringsvereisten was voldaan. De NZa heeft dan ook aan de WLGroep de gelegenheid mogen bieden bij een nieuwe aanvraag alsnog aannemelijk te maken dat aan de vereisten is voldaan. Beslissend voor de uitkomst van het beroep is daarom of WLGroep alsnog aannemelijk heeft weten te maken dat voorafgaand aan de concentratie op 1 januari 2020 de Familievereniging bij de voorbereiding van de concentratie is betrokken zoals voorgeschreven in de artikelen 49b en 49c van de Wmg, zoals de NZa stelt. Dat is niet het geval.

4.2 Bij het eerste goedkeuringsbesluit heeft de NZa niet beoordeeld of de Familievereniging bij de voorbereiding was betrokken zoals voorgeschreven, omdat zij door Leekerweide en de NZa niet als betrokkene in de zin van de artikelen 49b en 49c van de Wmg werd gezien. De Familievereniging was slechts geïnformeerd over de voorgenomen concentratie en heeft op eigen initiatief een advies uitgebracht. Desondanks stelt de NZa nu dat ook ten tijde van de eerste goedkeuring, bij het besluit van 1 oktober 2019 op de aanvraag van 8 augustus 2019, de argumenten en zienswijze van de Familievereniging waren meegewogen en dat zij bij de voorbereiding van de concentratie betrokken is geweest, ook al bleek dat toen niet uit het rapport dat bij die aanvraag hoorde. Dit volgt echter niet uit het nieuwe rapport dat bij de aanvraag van 23 augustus 2021 zit en ook niet uit de onderliggende stukken. Er heeft geen communicatie plaatsgevonden met de Familievereniging over het beslisdocument dat ten grondslag lag aan het door Leekerweide en Wilgaerden in december 2019 genomen concentratiebesluit. De argumenten in het ongevraagde advies van de Familievereniging om niet tot de concentratie over te gaan zijn nergens kenbaar meegewogen. Dat voorafgaand aan de concentratie op de inhoud van dit advies is ingegaan, blijkt nergens uit. Het rapport bij de aanvraag biedt dan ook geen inzicht in de wijze waarop het oordeel en de aanbevelingen van de Familievereniging zijn meegewogen, zoals vereist in artikel 49b, tweede lid aanhef en onder g, van de Wmg. Er kan dan ook in dit geval niet vanuit worden gegaan dat deze overtuigend en beargumenteerd zijn meegewogen, zoals vereist in artikel 49c, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wmg. Dat betekent dat ook niet is voldaan aan artikel 49c, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wmg. Zoals de NZa ter zitting heeft verklaard, kunnen deze vereisten in deze zaak niet los van elkaar worden gezien. De NZa had daarom op grond van artikel 49c, tweede lid, aanhef en onder b en d, van de Wmg haar goedkeuring aan de concentratie moeten onthouden.

Conclusie

5.1 Het beroep van de Familievereniging is gegrond. Het College vernietigt de beslissing op bezwaar van 20 juni 2022 en herroept het goedkeuringsbesluit wegens onrechtmatigheid. Dit betekent dat er geen goedkeuring is voor de concentratie. Die goedkeuring kan ook niet meer worden verleend, omdat het voorafgaand aan de concentratie niet betrekken van de Familievereniging bij de concentratieplannen achteraf niet meer kan worden gerepareerd. Het College voorziet zelf in de zaak met toepassing van artikel 8:72, derde lid, onder b, van de Awb. De aanvraag van 23 augustus 2021 wordt afgewezen.

5.2 Uit deze uitspraak volgt dus dat er geen goedkeuringsbesluit is voor de concentratie en dat die ook niet meer kan worden verleend. Het College doet hiermee geen uitspraak over het al dan niet ongedaan maken van de concentratie. De NZa heeft op de zitting bij het College aangegeven dat zij in deze situatie niet handhavend zal optreden, nu Leekerweide en Wilgaerden voorafgaand aan de concentratie de daarvoor benodigde goedkeuring hebben aangevraagd en verkregen. Weliswaar heeft de NZa bij de beslissing op bezwaar van 29 juni 2021 die goedkeuring ingetrokken, maar de NZa heeft de WLGroep ook in de gelegenheid gesteld om hun/een/de? goedkeuringsaanvraag aan te vullen en opnieuw in te dienen. De WLGroep kan daarom niet worden tegengeworpen dat zij geen beroep heeft ingesteld tegen de intrekking van de goedkeuring met het besluit van 29 juni 2021.

5.3 Omdat het beroep gegrond is, moet de NZa de proceskosten van de Familievereniging betalen. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht vast op € 1.674,- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen op de zitting, met een waarde per punt van € 837,- en een wegingsfactor 1). De NZa moet ook het door de Familievereniging betaalde griffierecht vergoeden.

Beslissing

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt de beslissing op bezwaar van 20 juni 2022;
- herroept het goedkeuringsbesluit van 1 oktober 2021;
- wijst de aanvraag van 23 augustus 2021 af en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;
- draagt de NZa op het betaalde griffierecht van € 365,- aan de Familievereniging te vergoeden;
- veroordeelt de NZa in de proceskosten van de Familievereniging tot een bedrag van € 1.674,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.L. Verbeek, mr. M.C. Stoové en mr. C.T. Aalbers, in aanwezigheid van mr. J.M.M. Bancken, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 19 september 2023.

**voor afschrift
conform**

w.g. J.L. Verbeek



w.g. J.M.M. Bancken

Bijlage: wettelijk kader

Mededingingswet

Artikel 27

1. 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 over één of meer 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, door:
 - 1°. één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die reeds zeggenschap over ten minste één andere onderneming hebben; of
 - 2°. één of meer andere ondernemingen.

2. De totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, is een concentratie in de zin van het eerste lid, onder b.

Wet marktordening gezondheidszorg

Artikel 1

1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

[...]

c. zorgaanbieder:

1°. de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verleent;

[...]

l. zorgautoriteit: de Nederlandse Zorgautoriteit, genoemd in artikel 3;

Artikel 3

1. Er is een Nederlandse Zorgautoriteit, die rechtspersoonlijkheid bezit.

[...]

3. De zorgautoriteit is belast met de taken die haar bij of krachtens wet zijn opgedragen.

Artikel 16

De zorgautoriteit is belast met:

a. markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering, op het terrein van de gezondheidszorg;

[...]

Artikel 49a

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.

Artikel 49b

1. De aanvraag, bedoeld in artikel 49a, tweede lid, gaat vergezeld van een rapport over de verwachte effecten van de beoogde concentratie.
2. Het rapport biedt ten minste inzicht in:
 - a. de doelstellingen van de concentratie;
 - b. de redenen voor concentratie;
 - c. de structuur van de beoogde organisatie van de zorgaanbieder of zorgaanbieders;
 - d. de financiële gevolgen van de concentratie voor de zorgaanbieder of zorgaanbieders;
 - e. de gevolgen van de concentratie voor de zorgverlening aan de cliënt;
 - f. de risico's van de concentratie voor de kwaliteit en bereikbaarheid van de zorg en de wijze waarop deze risico's worden ondervangen;
 - g. het oordeel en de aanbevelingen van cliënten, personeel en andere betrokkenen over het voornemen tot concentratie en de wijze waarop zij dit kenbaar hebben kunnen maken, alsmede een onderbouwing voor de wijze waarop het oordeel of de aanbevelingen zijn meegewogen bij het voornemen tot concentratie;
 - h. de wijze waarop en het tijdsbestek waarbinnen de concentratie zal worden gerealiseerd.
3. Bij ministeriële regeling kunnen nadere eisen worden gesteld aan de inhoud van het rapport.

Artikel 49c

1. De zorgautoriteit besluit binnen vier weken op een aanvraag als bedoeld in artikel 49a, tweede lid.
 2. De zorgautoriteit onthoudt haar goedkeuring aan de concentratie indien:
 - a. cliënten, personeel en andere betrokkenen niet op een zorgvuldige wijze zijn betrokken bij de voorbereiding van de concentratie, waarbij zij in ieder geval tijdig en op begrijpelijke wijze op de hoogte moeten zijn gebracht van de inhoud van de concentratieplannen en de manier waarop oordelen of aanbevelingen hierover kenbaar kunnen worden gemaakt;
 - b. het oordeel en de aanbevelingen van cliënten, personeel en andere betrokkenen niet overtuigend en beargumenteerd zijn meegewogen in de besluitvorming tot concentratie;
 - c. als gevolg van de concentratie de continuïteit van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen vormen van zorg als bedoeld in artikel 56a, eerste lid, in gevaar komt.
 - d. het rapport als bedoeld in artikel 49b, eerste lid, onvoldoende inzicht biedt in de verwachte effecten van de beoogde concentratie aan de hand van de eisen, bedoeld in artikel 49b, tweede en derde lid.
 3. De zorgautoriteit kan aan de goedkeuring voorwaarden, voorschriften of beperkingen verbinden.
- [...]