

# Artikel

## *Dichtung und Wahrheit* in de thuiszorg

Mr. P.V.F. Bos\*

### Je verzint het niet

‘(...) aannemelijk gemaakt moeten worden dat concurrentie niet alleen theoretisch, maar ook in de praktijk een reële optie voor de betrokken ondernemingen is (...).’

‘(...) onvoldoende onderzoek is verricht (...) geconstateerde gebrek niet eenvoudig te repareren (...).’

‘(...) verweerder niet een gedegen onderzoek verricht (...).’

‘[d]at in onderhavige zaak een zodanig indringend onderzoek heeft plaatsgevonden, is (...) niet gebleken (...).’

‘(...) sterke aanwijzingen (...) dat (...) geen concurrentie op de (...) vastgestelde markt aan de orde was.’

‘(...) vereiste dat het dient te berusten op een deugdelijke motivering.’

‘(...) gebrek niet eenvoudig te repareren, (...) echter evenmin uitgesloten (...) dat dit gebrek geheeld kan worden.’

Dit is allemaal *Wahrheit*. De Rechtbank Rotterdam heeft afgelopen april in twee zaken over de thuiszorgsector in 't Gooi en in Kennemerland besluiten van de NMa wegens onvoldoende onderzoek en onvoldoende motive-

ring vernietigd.<sup>1, 2</sup> Kort gezegd heeft de bestuursrechter geoordeeld dat de NMa deze twee zaken beter moet onderzoeken: de ontwikkeling van mededingingstheorieën is teveel *Dichtung*; ze moeten ook getoetst worden aan de concrete situaties. De NMa moet dus extra huiswerk doen en niet te veel verzinnen. De vraag is of dit haar gaat lukken. Of zal zij een terugtrekkende beweging moeten maken en indachtig de psychologenzaak eerdere sanctiebesluiten herroepen en afzien van het opleggen van een boete?<sup>3</sup> Naar verluidt, zal de NMa geen hoger beroep instellen.<sup>4</sup> In *Psychologen* stelde zowel de Rechtbank Rotterdam als het College van Beroep voor het bedrijfsleven vast dat de NMa geen eigen onderzoek naar het functioneren van de relevante markt had verricht (zij had zich alleen maar gebaseerd op een algemeen door KPMG in opdracht van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport uitgebracht rapport). Beide bestuursrechters vonden dat de NMa wel het nagelaten onderzoek naar de juridische en economische context van de gegeven prijsadviezen had moeten doen. Uiteindelijk realiseerde de NMa zich dat zij een dergelijk onderzoek niet met voldoende nauwkeurigheid zou kunnen verrichten. Dat kwam omdat zij haars inziens vijf jaar na het nemen van haar sanctiebesluit geen betrouwbare gegevens voor dat onderzoek zou

1. Rb. Rotterdam 12 april 2012, zaaknr. AWB 10/4885, *Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek, Stichting Hilverzorg en Stichting Vivium Zorggroep/Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (hierna: *Thuiszorg 't Gooi*).
2. Rb. Rotterdam 12 april 2012, zaaknrs. AWB 10/4742 en AWB 10/4883, *Stichting Zorgbalans en Stichting ViVa! Zorggroep/Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (hierna: *Thuiszorg Kennemerland*).
3. Besluit NMa 17 maart 2009, zaak 3309/347, *NIP, LVE, NVVPI*, derde besluit op bezwaar als vervolg op CBB 6 oktober 2008, zaak AWB 06/667, *Nederlands Instituut van Psychologen, Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten en Landelijke Vereniging van Eerstelijns Psychologen/Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (hierna: *Psychologen*).
4. *Zorgvisie, NMa niet in hoger beroep thuiszorgzaak*, 29 mei 2012.

\* Mr. P.V.F. Bos is advocaat bij BarentsKrans en tevens redactielid van M&M.

kunnen vinden. De vraag rijst ook of de recente rechterlijke terechtwijzingen consequenties zullen hebben voor andere zaken in de thuiszorgsector. Het gaat om de zaken over Gelderse en Overijsselse,<sup>5</sup> Friese<sup>6</sup> en Zuid-Hollandse<sup>7</sup> zorginstellingen. Bestudering van deze andere thuiszorgzaken wijst uit dat aanvullend contextonderzoek nodig zal zijn om de toets van de rechterlijke kritiek te doorstaan.<sup>8</sup> Blijft over de vraag wat de diepere oorzaak van het gebrekkige onderzoek van de NMa zou kunnen zijn. Gaat de *Dichtung* van het mededingingsbeleid aan de haal met de *Wahrheit* noodzakelijk bij de toepassing van de strenge regels van het mededingingsrecht?

## Hoe zat het ook al weer?

Eerst een beetje dogmatiek om de uithalen van de rechtbank in *Thuiszorg 't Gooi* en *Thuiszorg Kennemerland* beter te begrijpen. De rechtbank volgt in *Thuiszorg 't Gooi* niet de redenering van de NMa 'dat hoe dan ook in theorie concurrentie mogelijk was en dat reeds om die reden sprake was van verboden mededingingsrechtelijke afspraken'.<sup>9</sup> De rechtbank vindt dat de NMa 'in ieder concreet geval aannemelijk (moet maken) dat concurrentie niet alleen theoretisch, maar ook in de praktijk een reële optie voor de betrokken ondernemingen is'.<sup>10</sup> In *Thuiszorg Kennemerland* mist de rechtbank 'indringend onderzoek' zoals volgens haar heeft plaatsgevonden in de concentratiecontrolezaak die de opmaat vormde naar *Thuiszorg 't Gooi*.<sup>11</sup> De rechtbank vindt dus dat er sterke aanwijzingen zijn dat de betrokken zorginstel-

lingen niet met elkaar konden concurreren op de markt in kwestie. Zij vindt dat de NMa nagelaten heeft acht te slaan op aspecten als garantiebudgetten in 2006 en 2007 van het desbetreffende zorgkantoor en de rol van dat zorgkantoor, de aanmerkelijke wachtlijsten en toetredingsdrempels.<sup>12</sup> De formele conclusie van de rechtbank is dat de NMa bij de voorbereiding van haar besluit in *Thuiszorg 't Gooi* niet voldaan heeft aan haar verplichting van artikel 3:2 Awb de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten;<sup>13</sup> in *Thuiszorg Kennemerland* overweegt de rechtbank dit vreemd genoeg niet. Zowel in *Thuiszorg 't Gooi* als in *Thuiszorg Kennemerland* concludeert de rechtbank formeel wel dat de NMa niet voldaan heeft aan haar verplichting om haar besluit deugdelijk te motiveren.<sup>14</sup> Omdat de rechtbank constateert dat het vastgestelde gebrek niet eenvoudig te repareren valt, maar evenmin uitsluit dat het gebrek hersteld kon worden, volstaat zij met vernietiging van de besluiten. Een dogmatische redenering van de rechtbank in haar twee uitspraken is niet aanstonds te herkennen. Dat komt omdat zij heel praktisch de voorgelegde geschillen oplost. Zo formuleert zij kernachtig in *Thuiszorg 't Gooi* dat de NMa tot dan toe onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat concurrentie wel een reële optie is.<sup>15</sup> Dienovereenkomstig geldt dit voor *Thuiszorg Kennemerland*, waarin de rechtbank overweegt dat er sterke aanwijzingen zijn dat er geen concurrentie op de markt aan de orde was.<sup>16</sup> In de uitspraken van de rechtbank ontbreekt het klassieke analyseschema 'afpraak → beperking van de mededinging → juridische en economische contextonderzoek → strekking om de mededinging te beperken → juridische en economische contextonderzoek → merkbare mededingingsbeperking → verbod'.<sup>17</sup> In *Thuiszorg 't Gooi* is het echter duidelijk dat de rechtbank reageert met haar rechtsoverweging over concurrentie als reële optie op de vijfde beroepsgrond dat niet vaststaat dat de gestelde afspraak een mededingingsbeperkende strekking heeft en dat de NMa daarom een onderzoek naar de effecten daarvan had moeten doen.<sup>18</sup> *Thuiszorg Kennemerland* vermeldt geen expliciete 'strekingsklacht', maar wel als beroepsgrond onvoldoende onderzoek naar de economische en juridische context.<sup>19</sup> In deze zaak is niet duidelijk, op welk onderdeel van het analyseschema de rechtbank doelt met de toewijzing van deze beroepsgrond. De primaire besluiten en de besluiten op bezwaar in deze twee zaken maken echter duidelijk dat de NMa wel degelijk een klassiek redeneer-

5. Besluit NMa 12 december 2011, zaak 6274/635, *Midden-IJssel, Stichting Carinova en Stichting Carint-Reggeland Groep*, besluit op bezwaar naar aanleiding van het primaire besluit van 21 oktober 2010 (hierna: *Thuiszorg Midden-IJssel*).
6. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442/522, *WMO Friesland, Stichting Thuiszorg Zuid-West Friesland en Stichting Thuiszorg De Friese Wouden* (primair besluit; volgens de NMa-website hebben partijen bezwaar gemaakt) (hierna: *Thuiszorg Friesland*).
7. Besluit NMa 21 april 2011, zaak 6109/814, *Caraat, Stichting Vierstroom en Stichting Careyn Zuwe Aveant* (primair besluit; volgens de NMa-website hebben partijen bezwaar gemaakt) (hierna: *Thuiszorg Zuid-Holland*).
8. Voor zover bekend heeft de NMa één keer in een thuiszorgzaak geoordeeld dat onvoldoende vaststond dat de betrokken ondernemingen zich aan de verweten gedraging hebben schuldig gemaakt en om deze reden afgezien van het opleggen van een boete: zie Besluit NMa 21 april 2011, zaak 6412, *Thuiszorg GVF* (hierna: *Thuiszorg Leidse Regio en Zoetermeer*). De auteur verdedigde een van de betrokken ondernemingen.
9. *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.5.4.
10. *Thuiszorg Kennemerland*, r.o. 2.5.4.
11. De betrokken Gooise zorginstellingen waren van plan te fuseren. Zij meldden hun voornemen daartoe aan de NMa. Bij besluit van 4 november 2005 in zaak 4212, *De Basis - Thuiszorg Gooi- en Vechtstreek - Vivium*, besliste de NMa dat de aangemelde concentratie vergunningsplichtig was. De zorginstellingen trokken hun vergunningsaanvraag in november 2006 weer in: zij verwachtten kennelijk dat de vergunning zou worden geweigerd. De drie betrokken zorginstellingen hadden intussen afgesproken om hoe dan ook – onafhankelijk van de uitkomst van het fusietraject – nauwer te gaan samenwerken. Deze samenwerking is onder meer vormgegeven in een samenwerkingsovereenkomst. Deze samenwerkingsovereenkomst is voorwerp van deze artikel 6-zaak. Over het 'indringende onderzoek' in die zaak volgt hieronder meer.

12. *Thuiszorg Kennemerland*, r.o. 2.5.4 en 2.5.5, alsmede *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.5.3.1.
13. *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.6.1.
14. *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.61; *Thuiszorg Kennemerland*, r.o. 2.61.
15. *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.5.4.
16. *Thuiszorg Kennemerland*, r.o. 2.5.5.
17. Voor het onderzoek naar de mededingingsbeperkende strekking van een afspraak zie CBb 28 oktober 2005, zaak AWB 04/794 en AWB 04/829, *Modint*, LJN AU5316, r.o. 7.2.2; voor het onderzoek naar de merkbaarheid van een afspraak met mededingingsbeperkende strekking zie CBb 7 december 2005, zaak AWB 04/237 en AWB 04/249, *Secor Group en G-Star International*, LJN AU8309, r.o. 6.5.
18. *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.4 onder 5.
19. *Thuiszorg Kennemerland*, r.o. 2.4 onder 3.

schema volgt en dat de zorginstellingen daarin meegaan.<sup>20, 21</sup> Met de aantekening dat de NMa haar onderzoek naar de juridische en economische context steeds gebruikt om zowel de mededingingsbeperkende strekking van een afspraak als de merkbaarheid van een afspraak met mededingingsbeperkende strekking aan te tonen; in haar besluiten maakt de NMa dan ook geen onderscheid tussen contextonderzoek naar het een en naar het ander.

De rechtbank reageert op deze beroepsgronden zonder evenwel als gezegd het klassieke schema te volgen. Met haar verwijt dat de NMa onvoldoende onderzoek heeft gedaan, bedoelt de rechtbank – naar aldus valt aan te nemen, want ze zegt het niet met zoveel woorden – dat de NMa onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de juridische en economische context waarin de bestreden afspraken plaatsvonden om te kunnen vaststellen – met de NMa – dat er sprake is van afspraken met de *strekking* om de mededinging te beperken. Dit is op zich merkwaardig indachtig de Gooise ‘concurrentie-niet-alleen-theoretisch,-maar-ook-in-de-praktijk-een-reële-optie’-maatstaf van de rechtbank.<sup>22</sup> De objectieve vraag naar het bestaan van mededinging lijkt echter ook niet thuis te horen bij het onderzoek naar de merkbaarheid van een afspraak met de strekking om de mededinging te beperken, want dat gaat uit van de aanname van het bestaan van mededinging en van de beperking ervan. Logischerwijs gaat het om een voorvraag voorafgaand aan het onderzoek naar de strekking van een mededingingsbeperking, niet om een vraag naar de merkbaarheid van een mededingingsbeperking. Of hier echt sprake is van een dogmatisch novum, gaat het kader van dit artikel te buiten. Volstaan wordt met de constatering dat elementaire jurisprudentie als *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*<sup>23</sup> en *Consten/Grundig*<sup>24</sup> zoals niet zo lang geleden nog eens bevestigd in *GlaxoSmithKline/Commissie*<sup>25</sup> steeds gaat over de vraag of een bepaalde afspraak (exclusiviteit in samenhang met parallelhandel) een mededingingsbeperkende strekking heeft, niet of

ten principale wel concurrentie mogelijk is. Een nieuwheid(je) lijkt het dus wel.

## Hoe zit het nu echt in de thuiszorg?

De NMa zegt dat zij het vereiste contextonderzoek heeft gedaan, maar heeft dat volgens de rechtbank kennelijk onvoldoende gedaan. Waaruit moet contextonderzoek bestaan met het oog op de beantwoording van de vraag of een afspraak al dan niet tot beperking van de mededinging strekt? Volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven moet worden bepaald, wat het feitelijke kader is waarin de mededinging zich zónder de afspraak met haar gestelde beperkingen zou afspelen. Het komt neer op een onderzoek naar de afspraak binnen de economische context waarin partijen haar toepassen. Dit algemene onderzoek valt uiteen in verschillende deelonderzoeken. Er moet acht geslagen worden op (1) de doelstellingen van partijen, (2) de wijze waarop partijen daadwerkelijk op de markt optreden, (3) de producten of diensten waarop de afspraak slaat, (4) de structuur van de markt in kwestie en (5) de werkelijke omstandigheden waaronder de markt functioneert.<sup>26</sup> Het gaat dus om een zoektocht naar de *counterfactual*: wat was er gebeurd zonder de afspraak? Een soort reconstructie van het verleden, maar wel heel concreet gemaakt aan de hand van objectief verifieerbare observaties van wat er *on the ground* gebeurd is. Als eenmaal aan de hand van contextonderzoek is bepaald dat een afspraak inderdaad strekt tot het beperken van de mededinging, neemt men gewoonlijk aan dat een dergelijke afspraak de markt in meer dan geringe mate beïnvloedt. Toch kan het zo zijn dat zo'n afspraak vanwege de zwakke positie van betrokken ondernemingen op de relevante markt in kwestie de concurrentie niet in mededingingsrechtelijk relevante mate beperkt. Zo ja, dan ontsnapt een dergelijke afspraak daarom aan het ‘kartelverbod’. Bij de toetsing aan het merkbaarheidsvereiste moet als hoofdregel rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteert. In het bijzonder moet gelet worden op (1) de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, (2) de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, (3) de structuur van de relevante markt en (4) de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.<sup>27</sup> Men geeft aldus geen antwoord op de vraag, wat er gebeurd zou zijn zonder de afspraak, maar op de vraag of de afspraak in de praktijk ertoe doet. Het gaat om een zoektocht naar het mogelijke gebrek aan relevantie van de afspraak voor wat partijen feitelijk aan het doen zijn. Is er verschil met context-

20. Zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, *primair besluit* van 21 september 2008: afspraak (pt. 165 en 166 jo. 156 jo. 135 jo. 112 en 113 jo. 124 en 125), mededingingsbeperkende strekking (pt. 177-203), contextonderzoek (pt. 171 en 172), merkbaarheid (pt. 204-218); *besluit op bezwaar* van 21 oktober 2010: afspraak (pt. 31-44), mededingingsbeperkende strekking (pt. 45-61), contextonderzoek (pt. 70-72 met een verwijzing naar haar eerdere besluit over het fusievoornemen van partijen, in noot 9), merkbaarheid (pt. 65-75).

21. Zaak 6108, *Thuiszorg Kennemerland*, *primair besluit* van 19 september 2008: afspraak (pt. 144-148 jo. 140 en 141), mededingingsbeperkende strekking (pt. 160-177), contextonderzoek (pt. 162 en 163 jo. 41-69, 70-77, 103-109, 110-115, 123-134 en 135-138), merkbaarheid (pt. 178-183); *besluit op bezwaar* van 21 oktober 2010: afspraak (pt. 31-78), mededingingsbeperkende strekking (pt. 80 en 81), contextonderzoek (pt. 81-82), merkbaarheid (pt. 98-103).

22. *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.5.4.

23. HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, *Jur.* 1966, p. 394.

24. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Consten en Grundig/Commissie*, *Jur.* 1966, p. 454.

25. HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline/Commissie*, *Jur.* 2009, p. I-09291.

26. *Modint*, r.o. 7.2.2, met verwijzingen naar *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm* en latere rechtspraak, zie noot 25.

27. *Secon Group en G-Star International*, r.o. 6.5.

onderzoek in het kader van een merkbaarheidstoets?<sup>28</sup> In beide gevallen moeten allerlei feitelijke vaststellingen worden gedaan. De hier onderzochte zaken laten zien dat de NMa geen *dedicated* contextonderzoek doet om alleen de strekking van een concurrentiebeperking of alleen de merkbaarheid te bepalen: haar contextonderzoeken dienen beide doelen. Het blijkt dat de NMa de merkbaarheidstoets reduceert veelal tot een onderzoek voornamelijk naar marktaandeelen<sup>29</sup> en soms meer onderzoek.<sup>30</sup>

Wat de NMa in haar contextonderzoeken in de thuiszorgzaken doet, is de theorie poneren dat concurrentie überhaupt mogelijk is zonder haar evenwel aan de hand van relevante concrete feiten te valideren. Zo stelt de rechtbank in *Thuiszorg Kennemerland* vast dat een rapport van het *Erasmus Competition and Regulation institute* (ECRI-rapport) 'niet is toegespitst op de situatie in de regio Kennemerland'.<sup>31</sup> Volgens dit rapport heeft een thuiszorginstelling de mogelijkheid om op een aantal aspecten van de thuiszorg te concurreren met andere thuiszorginstellingen: vrijheid ten aanzien van kwaliteit, vrijheid ten aanzien van aanbod, vrijheid ten aanzien van het werkgebied/toetreding tot andere zorgkantoorregio en vrijheid ten aanzien van prijs.<sup>32</sup> In *Thuiszorg 't Gooi* zegt de rechtbank dit impliciet.<sup>33</sup> De NMa had deze algemene stelling dus in elk individueel geval aan de hand van concrete feiten moeten toetsen. Daarom verwijt de rechtbank de NMa dat 'de NMa niet een gedegen onderzoek verricht naar de rol van het zorgkantoor, terwijl het ECRI-rapport juist wijst op de rol van het zorgkantoor in relatie tot de mogelijkheden tot concurrentie'.<sup>34</sup> In *Thuiszorg 't Gooi* vindt de rechtbank dat de NMa net zo goed de rol van het zorgkantoor onvoldoende gewogen heeft.<sup>35</sup> Aan dit algemene euvel lijden bij precieze beschouwing de overige thuiszorgzaken van de NMa. In *Thuiszorg Zuid-Holland* heeft de NMa de rol van het betrokken zorgkantoor Midden-Holland weggewuifd op dezelfde wijze als in de Gooise en Kennemer zaken: volgens haar waren op grond van het beleid van het zorgkantoor en de concrete toepassing ervan de toetreding tot diens regio alsmede concurrentie

concreet en in voldoende mate aanwezig.<sup>36</sup> Hiervoor vond zij steun ook weer in het ECRI-rapport.<sup>37</sup> In deze zaak heeft de NMa, toegegeven, meer werk van haar contextonderzoek gemaakt dan in de twee eerste thuiszorgzaken.<sup>38</sup> Desondanks valt erg te betwijfelen dat dat voldoende zal zijn om aan te tonen dat concurrentie hoe dan ook mogelijk was. De NMa hanteert voor haar potentiële-concurrentietoets een driedelig criterium: (a) nabijheid van de aanbieder (afstand van zijn werkgebied in de ene zorgkantoorregio tot de grens van de andere zorgkantoorregio in verband met de naamsbekendheid van de aanbieder in de andere regio, de mogelijkheid gebruik te maken van aanwezige infrastructuur en bestaand personeel), (b) de grootte van de aanbieder en (c) de mogelijkheid van de aanbieder om de juiste 'productmix' aan te bieden in de ander regio.<sup>39</sup> Het valt op dat de NMa sterk toredeneert naar de status van potentiële concurrent van Stichting Careyn in haar relatie tot Stichting Vierstroom, ook al sluit het werkgebied van de een helemaal niet aan bij dat van de ander in tegenstelling tot dat van andere als potentiële concurrenten aangemerkte zorginstellingen.<sup>40</sup> Ook al lijkt haar onderzoek concreet, toch is het niet concreet genoeg in de zin dat de NMa ook en vooral niet analyseert, wat de objectieve mogelijkheden van de betrokken thuiszorginstellingen zijn om daadwerkelijk buiten het eigen werkgebied te concurreren afgezien van de aange-

28. Edith Loozen maakt een onderscheid tussen 'concreet kwalitatief beperkend vermogen' bij de kwalificatie van een beperking tot doelbeperking aan de ene kant en 'kwantitatief beperkend vermogen' bij de vaststelling van merkbaarheid. Is eenmaal een doelbeperking vastgesteld, dan is de kwalitatieve merkbaarheid van de doelbeperking gegeven. Deze kwantitatieve merkbaarheidstoets komt overeen met het onderzoek naar marktmacht in geval van een gevolgbeperking. Zij gaat niet in op de operationele aspecten van contextonderzoek naar kwalitatief en naar kwantitatief beperkend vermogen. Zie noot bij *Secan en G-Star/NMa*, M&M 2006/3, p. 88 e.v., m.n. p. 91.
29. *Thuiszorg Kennemerland*, primair besluit, pt. 180-182; *Thuiszorg 't Gooi*, primair besluit, pt. 206-209; *Thuiszorg Friesland*, pt. 256-259.
30. *Thuiszorg Zuid-Holland*, pt. 244-256 en *Thuiszorg Midden-IJssel*, pt. 211-223, met een onderzoek naar marktaandeelen en naar potentiële concurrentie, waaronder concurrentiedruk vanuit het ene werkgebied naar het andere.
31. *Thuiszorg Kennemerland*, uitspraak, r.o. 2.5.4.
32. *Thuiszorg Kennemerland*, primair besluit, pt. 70-76.
33. *Thuiszorg 't Gooi*, uitspraak, r.o. 2.53.1 jo. 2.5.4.
34. *Thuiszorg Kennemerland*, uitspraak, r.o. 2.5.4.
35. *Thuiszorg 't Gooi*, r.o. 2.5.3.1.

36. *Thuiszorg Zuid-Holland*, pt. 145.

37. *Thuiszorg Zuid-Holland*, pt. 9 en noten 13, 31 en 32.

38. In hfdst. 5 bespreekt de NMa de 'Marktsituatie in 2006 en 2007' (pt. 121-225) en meer in het bijzonder 'De rol van de zorgkantoren in Midden Holland en Delft Westland Oostland' (pt. 121-145) en een 'Concurrentieanalyse zorgkantoorregio Midden Holland' waaronder 'Actuele concurrentie zorgkantoorregio Midden Holland' (pt. 152-169) en 'Potentiële concurrentie Midden Holland' (pt. 170-224) met als eindconclusie dat Stichting Careyn een van de weinige potentiële concurrenten was die een grotere concurrentiedruk op Stichting Vierstroom en andere spelers in Midden-Holland had kunnen uitoefenen, *Thuiszorg Zuid-Holland* (pt. 225). Een concurrentieanalyse als deze ontbreekt volstrekt in *Thuiszorg 't Gooi* en in *Thuiszorg Kennemerland*.

39. *Thuiszorg Zuid-Holland*, primair besluit, pt. 184 alsmede pt. 172-183.

40. De NMa wuift dit bezwaar weg, omdat volgens haar onderzoek het feit dat het werkgebied van de een niet direct grenst aan dat van de ander niet van belang zou zijn. Het zou niet gaan om 'aangrenzendheid', maar om 'nabijheid': zie *Thuiszorg Zuid-Holland*, primair besluit, pt. 253. Dit wringt met pt. 174 van het primaire besluit, waar de NMa vaststelt aan de hand van antwoorden van respondenten dat 'toetreding en het uitbreiden van de productie na toetreding in ieder geval gemakkelijker is voor spelers met een werkgebied dat grenst aan de betreffende zorgkantoorregio, dan voor spelers met een verder weggelegen werkgebied'. De NMa heeft, in ieder geval niet in haar besluit waarneembaar, deze uitkomst van haar onderzoek ook gevalideerd voor nabije, maar juist niet aangrenzende concurrenten. Zij verwijst voor de onderbouwing van haar algemene stelling naar antwoorden van allerlei bevroegde ondernemingen, maar welke vragen de NMa precies gesteld heeft en welke antwoorden de respondenten precies gegeven hebben, is onbekend. De ervaring leert dat *the devil is in the detail* en dat door de NMa verkregen verklaringen niet altijd de volledige mening van een respondent weergeven zoals *Thuiszorg Kennemerland* laat zien: zie r.o. 2.5.4 van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (zie noot 2) waar de NMa van hem/haar vernam: '(o)ndanks de budgetgarantie ... is er voldoende concurrentie', terwijl dezelfde respondent op directe bevraging van Stichting Zorgbalans onder meer verklaarde: 'Ik betwijfel sterk of Zorgbalans voor een dergelijke operatie een business case [bedoeld is rendabel zorg leveren aan klanten buiten het eigen werkgebied; opmerking auteur] zou hebben gehad'.



voerde theorie.<sup>41</sup> Dit alles staat haaks op het volgens de rechtbank 'indringend onderzoek' van de NMa in de zaak van de voorgenomen fusie tussen de Gooise zorginstellingen. In *De Basis - Thuiszorg Gooi- en Vechtstreek - Vivium* verwijst de NMa naar onderzoek in eerdere zaken. Daarin zou gebleken zijn

'dat er drempels bestaan voor spelers om vanuit het eigen werkgebied actief te worden in het werkgebied van een andere gevestigde speler. De aard en omvang van deze toetredingsdrempels in de werkgebieden van gevestigde partijen kunnen per regio verschillen en dienen dus in elke zaak specifiek te worden onderzocht'.<sup>42</sup>

Uit meer dan dit bestaat dat zogeheten indringende onderzoek van de NMa niet. De verwijzing in het Gooise concentratie-controlebesluit naar haar eerdere besluit in *Icare - Sensire - Thuiszorg Groningen* blijkt echter, juist voor het kartelonderzoek van NMa in de verschillende thuiszorgdossiers, opmerkelijk: daar blijkt de NMa ineens wel degelijk te weten, hoe zij marktonderzoek moet doen naar toetredingsdrempels. Zo onderzoekt zij het belang van een bepaalde omvang van de activiteiten noodzakelijk vanwege bedrijfseconomische redenen. Om zorg te kunnen leveren buiten de eigen regio moeten investeringen gedaan worden (het opzetten van een systeem voor 24-uurs bereikbaarheid, het ontwikkelen van contacten met verwijzende instanties, de verkrijging van een toelating voor het geven van publiek gefinancierde thuiszorg).<sup>43</sup> Bijzonder is overigens dat de NMa Stichting Careyn probeert te vangen op haar verklaarde voornemen om haar werkgebied uit

te breiden. Lezing van het primaire besluit leert dat Stichting Careyn aan de NMa verklaard heeft deze ambitie te willen realiseren door overnames van andere thuiszorginstellingen. In elk geval niet zichtbaar in het besluit valt te lezen dat Stichting Careyn zelf met eigen, bestaand personeel en eigen, bestaande infrastructuur vanuit het ene werkgebied naar het andere wilde gaan om thuiszorg aan te bieden. Dit werpt een geheel ander licht op de theorie van potentiële concurrentie waarop deze zaak is gestoeld. Nergens stelt de NMa dát, laat staan onderzoekt zij óf, thuiszorginstellingen door middel van overnames zouden kunnen toetreden tot een andere geografische markt.<sup>44</sup>

In *Thuiszorg Midden-IJssel* en *Thuiszorg Friesland* is het van hetzelfde laken een pak: steeds roept de NMa theorie in om te bewijzen dat de betrokken thuiszorginstellingen potentiële concurrenten van elkaar zijn, maar steeds zonder haar theorie naar behoren te bewijzen in de concrete situatie. In *Thuiszorg Midden-IJssel* heeft de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (BAC) net zoals in *Thuiszorg 't Gooi* en in *Thuiszorg Kennemerland* geoordeeld dat de NMa beter onderzoek ('een gedegen economische analyse') moet doen. Dit is omdat de BAC met de bezwaarde ondernemingen vindt dat de NMa de vereiste juridische en economische context ter motivering van de merkbaarheid van de door haar gestelde mededingingsbeperkingen nader moet onderbouwen.<sup>45</sup> De NMa beweert dat zij de gevraagde onderbouwing vervolgens in haar besluit op bezwaar doet, maar op de keper beschouwd herhaalt zij de zetten van haar primaire besluit.<sup>46</sup> In *Thuiszorg Friesland* hebben de betrokken zorginstellingen wel bezwaar gemaakt, maar is de NMa kennelijk nog niet aan een besluit op bezwaar toegekomen. Dat is opmerkelijk omdat het primaire besluit in deze zaak op dezelfde dag (21 oktober 2010) is genomen als in *Thuiszorg Midden-IJssel*. Een eventueel advies van de BAC is daarom nog niet gepubliceerd ervan uitgaande dat er al een hoorzitting is geweest. Op basis van de eerdere zaken valt aan te nemen dat de BAC een soortgelijk advies als haar eerdere adviezen aan de NMa zal geven. Het is gissen waarom de NMa zo lang doet over het nemen van haar besluit op bezwaar. Zou het te maken kunnen hebben met de aard van de verweten gedraging, te weten een aanbestedingskartel? Als maar twee van een op voor-

41. In *Thuiszorg Zuid-Holland* weigert de NMa in te gaan op de vraag of het objectief vanuit bedrijfseconomisch perspectief verantwoord voor Stichting Careyn was geweest om uit te breiden naar een ander werkgebied. Stichting Careyn beweert zelf van niet (zie pt. 255 van het primaire besluit waar ze stelt dat de geringe marges te behalen met thuiszorg en de aanzienlijke investeringen gemoed met toetreding tot een ander werkgebied ervoor zorgen dat het geen reële mogelijkheid was om actief te worden buiten het eigen werkgebied). Dit stemt overeen met de mening van Thuiszorg Rotterdam, een van de in het marktonderzoek in deze zaak betrokken thuiszorginstellingen, dat 'toetreding tot een minder verstedelijkt gebied bedrijfseconomisch voor haar niet interessant was' (pt. 204 van het primaire besluit). In het licht van de 'niet-alleen-theorie-maar-ook reële-optie'-toets van de Gooise en Kennemer zaken lijkt het erop dat de NMa zal moeten bewijzen dat het voor deze thuiszorginstelling (Stichting Careyn) daadwerkelijk bedrijfseconomisch verantwoord was geweest om met of zonder overnames buiten haar bestaande traditionele werkgebied actief te worden in het niet aangrenzende, maar nabij (dus verderop) gelegen werkgebied van die andere thuiszorginstelling (Stichting Vierstroom). Zij zal daarbij moeten aantonen dat Stichting Careyn destijds over voldoende financiële middelen en reserves beschikte om marketinginspanningen te kunnen bekostigen in het werkgebied van Stichting Vierstroom, voldoende naamsbekendheid had in het werkgebied van Stichting Vierstroom en voldoende personeelsleden in haar bestaande, nabije werkgebied had om op grote schaal te kunnen toetreden in het werkgebied van Stichting Vierstroom (zie pt. 181 en 182 van het primaire besluit).

42. *De Basis - Thuiszorg Gooi- en Vechtstreek - Vivium*, pt. 40. In pt. 41 punt gooit de NMa er nog een schepje bovenop met de verklaring 'dat de drempels om actief te worden in een andere zorgkantoorregio in vergelijking tot toetreding tot een ander gebied binnen één en dezelfde zorgkantoorregio hoger zijn'.

43. Besluit NMa 31 december 2004, zaak 4295, *Icare - Sensire - Thuiszorg Groningen*, pt. 48-55.

44. *Thuiszorg Zuid-Holland*, primair besluit, pt. 213, met een citaat van een verklaring van een bestuurder (?) van Stichting Careyn die antwoordt op de vraag van de NMa of hij 'overnames (had) gepland binnen de grotere cirkel [van een kaartje; opmerking van auteur?] (...) Ja, dat is ook gebeurd' [cursivering door auteur].

45. *Thuiszorg Midden-IJssel*, advies van de BAC, pt. 18.

46. *Thuiszorg Midden-IJssel*, besluit op bezwaar: op de vraag van de BAC omtrent het belang van (hoge) gezamenlijke marktaandeelen voor de merkbaarheidsbeoordeling verwijst de NMa zonder verdere uitleg naar de *De minimis*-bekendmaking van de Europese Commissie (pt. 86); voor het argument dat Stichting Carint actief was in een zorgkantoorregio 'op korte afstand (...) van de grens van Midden IJssel' en dat er aldus voldaan werd aan het nabijheidsvereiste, beweert de NMa dat deze thuiszorginstelling 'in staat was aanzienlijke investeringen te doen teneinde onder meer zich te positioneren in het netwerk van doorverwijzers in Midden IJssel' zonder te verifiëren of zulks destijds paste in haar plannen (pt. 87, 90 en 92).

hand onbekend aantal (potentiële) inschrijvers op een (WMO-)aanbesteding hun inschrijfgedrag zouden hebben afgestemd, dan is het de vraag of een dergelijke gedraging merkbaar de mededinging beperkt. In *Thuiszorg Leidse Regio en Zoetermeer* zag de NMa, als gezegd voor de eerste en enige keer tot nu toe, af van het doorzetten van haar zaak. Kennelijk op basis van nader onderzoek naar de context en de merkbaarheid.<sup>47</sup> Waar de NMa in die zaak ten halve keerde, daar is de NMa in de Gooise en Kennemer zaken ten hele gedwaald om vervolgens kennelijk toch met een pirouette terug te keren naar haar startpunt. Het zal interessant zijn haar motieven te lezen in haar intrekingsbesluiten.

## Wat er gaat gebeuren: meer realiteitszin

Na dit alles dringt zich de voorspelling op dat de rechtbank de NMa in de overige thuiszorgdossiers gaat terugfluiten, tenzij de NMa op haar schreden terugkeert en vakkundig onderzoek verricht en aannemelijk maakt dat de aangetroffen mededingingsbeperkingen daadwerkelijk de mededinging merkbaar beperken. Ter voorkoming van de enorme inspanningen zowel aan haar zijde als aan de zijde van de zorginstellingen was het veel beter geweest dat de NMa toezeggingsbesluiten had genomen. Dan had zij van haar beperkende visie, neergelegd in haar Handhavingsbeleid, op het gebruik van dit instrument moeten afzien.<sup>48</sup> Met name zit haar in de weg de zelf verkozen voorwaarde dat zij geen toezeggingsbesluit zal nemen, zodra zij een rapport heeft uitgebracht. Dat zou ‘in beginsel’ niet meer doelmatig zijn. Evenzeer ‘in beginsel’ aanvaardt de NMa geen toezeggingen in geval van expliciete of evidente afspraken met een mededingingsbeperkende strekking.<sup>49</sup> Waarom

heeft de NMa in *Thuiszorg Midden-Brabant*<sup>50</sup> wél toezeggingen van betrokken zorginstellingen aanvaard en heeft ze dat niet gedaan in *Thuiszorg Midden-IJssel*?<sup>51</sup> Formeel omdat er sprake zou zijn van een afspraak met mededingingsbeperkende strekking en omdat de Gelderse en Overijsselse zorginstellingen pas na de toezending van het rapport een aanvraag hebben gedaan.<sup>52</sup> In beide gevallen gaat het wel om een marktverdelingsregeling, in *Thuiszorg Midden-IJssel* om een non-concurrentiebeding met als doel geen concurrerende thuiszorgactiviteiten in elkaars werkgebied aan te bieden, in *Thuiszorg Midden-Brabant* een drietal bilaterale samenwerkingsovereenkomsten met de uitdrukkelijke bedoeling een verdeling van cliënten tussen de aanbieders te laten ontstaan. Volgens de Brabantse aanvragers zijn deze afspraken alle gemaakt in het kader van bredere samenwerking met het oog op het waarborgen van de kwaliteit en continuïteit van de zorgverlening aan cliënten in aanleunwoningen. De NMa vindt echter niet dat de gemaakte afspraken proportioneel en noodzakelijk zijn voor het beweerde doel van de samenwerking.<sup>53</sup> De Gelderse en Overijsselse aanvragers konden geen dergelijke rechtvaardiging geven. Desalniettemin had de NMa ook in *Thuiszorg Midden-IJssel* dezelfde doelmatigheidsoverweging kunnen bezigen als in *Thuiszorg Midden-Brabant*: ook daar had met evenveel, zo niet meer, recht gegolden dat dat ‘[e]en mogelijk uitstralingseffect naar de sector (...) namelijk sneller bereikt [kan] worden dan indien zou worden gekozen voor een rapport- en sanctiebesluit-traject’. En al helemaal had het efficiëntieargument hier moeten gelden, want ‘met het nemen van een toezeggingsbesluit (...) [wordt] nader onderzoek dat noodzakelijk zou zijn voor het kunnen opstellen van een rapport alsmede het traject tot aan het sanctiebesluit, (...) vermeden’.<sup>54</sup> Dit laatste klemt temeer gelet op de complexiteit van de vereiste analyse van de juridische en economische context in de gezondheidszorg, met name sinds het definitieve debacle in *Psychologen* uit 2008. Met een bundel toezeggingsbesluiten in de hand had de NMa veel meer ‘uitstralingseffect’ kunnen realiseren dan nu met de harde, straffende hand van toen die eerder een begripvolle, ferme hand had moeten zijn. In *Thuiszorg Leidse Regio en Zoetermeer* zag de NMa, als gezegd voor de eerste en enige keer tot nu toe, af van het doorzetten van haar zaak. Zij had toen de moed om,

47. De NMa liet de Directie Mededinging een eerste rapport opstellen. Na een hoorzitting van de Juridische Dienst en nader onderzoek van de Directie Mededinging naar de context en de merkbaarheid van de vermoede overtreding (t.w. een aanbestedingsregeling om niet om de markt te concurreren) en een daarop gestoeld aanvullend rapport met een ander vermoeden (t.w. een afspraak om niet op de markt te concurreren) dan dat in het eerste rapport, oordeelde de NMa dat ‘[o]p basis van de in het dossier aanwezige bewijsmiddelen (...) onvoldoende [is] komen vast te staan dat de betrokken ondernemingen zich aan de in het Aanvullend Rapport omschreven gedraging schuldig hebben gemaakt’ (*Thuiszorg Leidse Regio en Zoetermeer*, pt. 7, 8 en 11).

48. Regeling Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Stcrt.* 2009, 63 (hierna: Handhavingsbeleid).

49. Handhavingsbeleid, pt. 3 onder Toezegging aan het slot. Waarom het ‘in beginsel’ ondoelmatig zou zijn om een toezeggingsbesluit te nemen na toezending van een rapport, legt de NMa niet uit, ook niet via het geven van voorbeelden van uitzondering op deze hoofdregel. Art. 49a lid 1 Mw legt overigens deze beperking niet aan de NMa op. Sterker nog, dit artikel bepaalt dat een onderneming voor het opmaken van een rapport of, als een rapport is vastgesteld, tot het moment waarop een sanctiebesluit is genomen bij de NMa een aanvraag voor een toezeggingsbesluit moet doen. Met haar stilzwijgen ontnemt de NMa feitelijk de door de wetgever aan justitiabelen gegeven mogelijkheid met succes toezeggingen te doen ook in de fase na een rapport.

50. Besluiten NMa 30 juni 2011, zaak 7138, *Stichting Zorggroep West- en Midden-Brabant* (handelend onder de naam Thebe) en voorts *Stichting Zorgstichting 't Heem*, *Stichting Volckaert SBO-groep* en *Stichting MaasDuinen*, drie afzonderlijke toezeggingsbesluiten op basis van art. 49a Mw, met daarbij steeds Thebe aan de ene kant en een van de drie andere stichtingen aan de andere kant.

51. Besluit NMa 21 september 2009, zaak 6274/573, *Stichting Carinova Leiboorn Groep* en *Stichting Carint-Reggeland Groep*, besluit ter afwijzing van een aanvraag als bedoeld in artikel 49a Mw (hierna: *Thuiszorg Midden-IJssel art. 49a-besluit*).

52. *Thuiszorg Midden-IJssel art. 49a-besluit*, pt. 7 en 8. Het rapport is van 24 juli 2009, terwijl de aanvraag een week later is gedaan, t.w. op 31 juli 2009.

53. *Thuiszorg Midden-Brabant*, besluit *Thebe/De Volckaert*, pt. 10, *Thebe/MaasDuinen*, pt. 16 en *Thebe/'t Heem*, pt. 17.

54. *Thuiszorg Midden-Brabant*, besluit *Thebe/MaasDuinen*, pt. 24, besluit *Thebe/'t Heem*, pt. 25 en besluit *Thebe/De Volckaert*, pt. 24.

weliswaar na twee rapporten, in wezen haar aanklacht in te trekken. Kennelijk op basis van nader onderzoek naar de context en de merkbaarheid.<sup>55</sup> Hopelijk brengt de NMa deze moed weer op in de lopende thuiszorgzaken. Dat zou aansluiten bij het voorzichtige begin van een terugtrekkende beweging van de NMa ingezet al anderhalf jaar geleden: in een persbericht van 27 oktober 2010 heeft de NMa raden van toezicht van thuiszorginstellingen gewezen op hun verantwoordelijkheden bij de naleving van de mededingingsregels en op het belang van invoering van *compliance programs*; in een persbericht van 29 april 2011 is de NMa gevolgd met de mededeling dat zij de thuiszorg niet meer als prioriteit beschouwt, omdat zij een positieve trend bij thuiszorginstellingen ziet en omdat thuiszorginstellingen steeds meer doen om misstappen in de toekomst te voorkomen.<sup>56</sup> Overigens lijkt het vanuit het standpunt van de NMa achteraf bezien verstandiger dat zij de in 2010 beproefde, maar uiteindelijk mislukte schikking met de twee brancheverenigingen in de thuiszorg tot stand had gebracht.<sup>57</sup> Deze poging had moeten leiden tot een alternatieve, massale bundel pseudo-toezeggingsbesluiten. Daarmee hadden de NMa en de thuiszorgsector in een klap een oplossing gevonden om het nu eens als een veenbrand opflakkerende dan weer als een enorme bosbrand opblaaiende conflict kunnen doven. Helaas bleek de te betalen 'prijs' over en weer te hoog om tot overeenstemming te komen. Was dit wél gelukt, dan had haar geloofwaardigheid als toezichthouder minder geleden dan nu het geval is. Vanuit het perspectief van de thuiszorgsector zijn de rechterlijke terechthouding en de daaropvolgende aanvaarding daarvan door de NMa achteraf een bevestiging van het eigen gelijk dat de schikking een te groot offer inhield. Verliezers zijn helaas beide kampen: waar de NMa met haar enorme inzet van mensen en middelen grote (transactie)kosten heeft gemaakt, daar heeft de thuiszorgsector dat navenant ook moeten doen. De uiteindelijke verliezer is de publieke zaak, te weten de (thuis)zorgsector en het mededingingstoezicht, waaraan veel middelen zijn onttrokken die beter besteed hadden kunnen worden.

55. Zie noot 47.

56. Persbericht 20-10 van de NMa van 27 oktober 2010 'NMa wijst raden van toezicht op verantwoordelijkheid'; persbericht van 29 april 2011 'Toename concurrentiebewustzijn in thuiszorg', waarin de NMa melding maakt van de toezeggingsbesluiten in *Thuiszorg Midden-Brabant*, boetes in *Thuiszorg Zuid-Holland* en het 'niet-overtredingsbesluit' in *Thuiszorg Leidse Regio en Zoetermeer*.

57. Persbericht van de NMa van 20 mei 2010 'NMa: afwijzen collectieve regeling gemiste kans voor thuiszorgsector'. Het persbericht van de NMa van 6 mei 2010 'NMa, ActiZ en BTN werken aan alternatieve regeling voor thuiszorg' bevat een omschrijving van de collectieve regeling. Volgens de regeling zouden de thuiszorginstellingen hun afspraken met mogelijke mededingingsbezwaren bij een speciaal daartoe ingestelde onafhankelijke commissie melden. Wanneer de Commissie van oordeel was geweest dat er mededingingsbezwaren aan de gemelde afspraken kleven, dan hadden de thuiszorginstellingen het gedrag per direct moeten staken en een bedrag per mededingingsbezwaar hebben moeten storten in een fonds dat ten goede zou komen aan cliënten in de thuiszorgsector. Daarnaast zouden de thuiszorgorganisaties *compliance-programma's* starten om te waarborgen dat ze ondernemen binnen het kader van de Mededingingswet. De auteur trad destijds voor een van de brancheverenigingen op.

Een andere vraag is, of en, zo ja, welke gevolgen de 'concurrentie-als-reële-optie'-toets voor de concentratiecontrolepraktijk van de NMa zal hebben. Opmerkelijk is dat de NMa in de opmaat naar de Gooise kartelzaak zonder concreet onderzoek (zoals zij in *Icare - Sensire - Thuiszorg Groningen* heeft gedaan) van oordeel was dat de betrokken zorginstellingen (potentiële) concurrenten van elkaar waren (op de markt voor verpleging en verzorging thuis en de markt voor huishoudelijke verzorging thuis) en dat zij met elkaar op die markten machtsposities konden vormen of versterken.<sup>58, 59</sup> Was het destijds verstandiger geweest het besluit tot afwijzing van vergunningsaanvraag af te wachten en bij de rechter te bestrijden dan het te laten aankomen op het huidige titanengevecht? In elk geval zouden de betrokken zorginstellingen niet in de door de grote boetes financieel bedreigende situatie hebben verkeerd waarin zij zich tot voor kort bevonden.

Blijft over de vraag, waarom de NMa steeds weer dezelfde fout maakt. Alvorens daarop in te gaan mag wel even worden stilgestaan bij de aanleidingen tot de thuiszorgzaken van de NMa. Grosso modo zijn er zo te zien twee soorten aanleiding. De ene is gelegen in een mislukte poging om een landelijke franchiseorganisatie van VVT-instellingen op te zetten,<sup>60</sup> de andere in ongelukkig uitgewerkte (de)fusies.<sup>61</sup> De NMa heeft zich laten verleiden door ongelukkig gekozen contractuele bepalingen en uitlatingen van verschillende partijen om de verschillende kwesties heel veel groter te laten zijn dan ze op hun respectievelijke merites verdienen. Met wat meer juridische oplettendheid hadden veel van deze zaken vermeden kunnen worden. Dan nu de *original sin* van de NMa's recidive. Die is terug te vinden in haar geloofsartikel dat marktwerking moet, ook in de zorg. Op basis van onderzoek vindt de NMa steeds dat concurrentie tussen de betrokken zorginstellingen mogelijk is. Dat de thuiszorgsector in transitie is naar geregeerde marktwerking, telt in haar ogen niet of onvoldoende om van klassieke handhaving af te zien. Integendeel, de NMa gelooft met grote stelligheid dat concurrentie(druk) mogelijk is hoewel concurrentie vanwege deze transitie aanvankelijk langzaam op gang komt. Als er al maar beperkte mogelijkheden voor concurrentie zijn, zo mag dit nog niet marktverdelingsovereenkomsten toestaan. 'Concurrentie zou dan nooit op gang komen', roept de NMa uit.<sup>62</sup> Soms verwijt men de NMa dat zij

58. *De Basis - Thuiszorg Gooi en Vechtstreek - Vivium*, pt. 65 en 66.

59. *De Basis - Thuiszorg Gooi en Vechtstreek - Vivium*, pt. 72 en 73.

60. Deze aanleiding is te vinden in het NMa-onderzoek naar ongelukkig verwoorde opvattingen over onderlinge concurrentie binnen de in oprichting zijnde, maar uiteindelijk nooit opgerichte franchiseorganisatie Plectrum met als leden de thuiszorginstellingen betrokken in *Thuiszorg Leidse Regio en Zoetermeer*, *Thuiszorg Friesland*, *Thuiszorg Midden-Brabant* en *Thuiszorg Midden-IJssel*, *Thuiszorg Midden-IJssel*, pt. 3 en 131.

61. Deze aanleiding is gelegen in non-concurrentiebedingen met een te lange duur en reikwijdte in het kader van de op zich legitieme overdracht van thuiszorgteams: *Thuiszorg 't Gooi*, primair besluit, pt. 117 en 120; *Thuiszorg Kennemerland*, primair besluit, pt. 103 en 114; *Thuiszorg Zuid-Holland*, pt. 111.

62. *Thuiszorg 't Gooi*, besluit op bezwaar, pt. 12; *Thuiszorg Kennemerland*, besluit op bezwaar, pt. 11.

zich laat verleiden tot tunnelvisie.<sup>63</sup> Dat lijkt de rechtbank in de Gooise en Kennemer zaken eigenlijk ook te doen. Zij dringt aan op het verlaten van *Dichtung*, het verzinnen dat er concurrentie mogelijk is omwille van het concurrentieprincipe. De rechtbank eist *Wahrheit*, zeg maar meer realiteitszin op basis van een nuchtere beschouwing van feiten, maar dan wel de juiste feiten. Met haar aankondiging de strijdbijl in de Gooise en Kennemer zaken te begraven zet de NMa een stap in de goede richting. Het is te hopen dat de NMa deze keuze ook maakt in de overige nog lopende thuiszorgzaken. Of deze episode in de thuiszorg de NMa zou moeten aansporen tot een algemene herziening van haar visie op concurrentie in de gezondheidszorg, gaat het voorwerp van deze bijdrage te buiten. Intuïtief lijkt een herziening verstandig. Op deze manier zou de NMa haar gedeukte geloofwaardigheid een klein beetje kunnen oppoetsen.

63. *Thuiszorg Friesland*, pt. 33: 'Reeds voor de start had de NMa zich al het oordeel gevormd dat er prijsafspraken zouden zijn gemaakt. Hierdoor stond de NMa niet meer open voor de mogelijkheid dat haar vermoeden onjuist zou kunnen zijn.' De NMa verwerpt dit verwijt omstandig in pt. 34-39 na een bagatellisering van allerlei publieksuitlatingen van haar voorzitter van de raad van bestuur, die als vooringenomen konden worden opgevat, als niet al in strikt juridische zin dan toch in elk geval in het normale spraakgebruik. In dezelfde zin *Thuiszorg Kennemerland*, primair besluit, pt. 21-31.