

instituut Beleid
& Management
Gezondheidszorg

Wijziging regelgeving markttoezicht in de zorg

November 2015

Mr. dr. E.M.H. Loozen

Abstract

Context: De aanhoudende fusiegolf in de zorg heeft tot sterke concentratie geleid in de tweedelijnszorg en op de zorgverzekeringsmarkt. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft echter pas twee zorgfusies tegengehouden op grond van de Mededingingswet (Mw). De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) is maar twee keer opgetreden tegen aanmerkelijke marktmacht (AMM) op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). Om te voorkomen dat (verdere) concentratie van zorgaanbieders en zorgverzekeraars de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid in gevaar brengt wil de Minister van VWS het zorgspecifieke toezicht op fusies en AMM wijzigen en de mededingingsbevoegdheden van de NZa naar ACM overhevelen.

Methode: Dit rapport onderzoekt of de voorgestelde wijzigingen nodig en nuttig zijn. ‘Nodig’ in de zin dat de bestaande regelgeving niet goed tegen (misbruik van) concentratie beschermt waardoor de publieke zorgbelangen onvoldoende worden gewaarborgd. ‘Nuttig’ in de zin dat de voorgestelde wijzigingen dat beter doen.

Wijziging fusietoezicht: De voorgestelde wijzigingen van het fusietoezicht zijn nodig noch nuttig. Aanvullende zorgspecifieke normen zijn niet nodig omdat het niet aan de fusietoets uit de Mw ligt dat schaalvergroting in de zorg geen halt wordt toegevoerd, maar aan de toezichthouder die zich niet aan het wettelijke toetsingskader houdt. Deze normen zijn niet nuttig omdat zij de publieke zorgbelangen niet beter zullen waarborgen. Voor het tegenhouden van fusies die vanwege concentratie de publieke zorgbelangen in gevaar brengen is een beter alternatief voor handen: de instelling van een tijdelijk moratorium gedurende welk een onderzoek kan plaatsvinden naar het hoe en waarom van de ondertoepassing van de fusietoets uit de Mw.

Wijziging AMM-toezicht: De voorgestelde wijzigingen van het AMM-toezicht zijn evenmin nodig en nuttig. Het vereiste van (geografische) marktafbakening schrappen is niet nodig omdat dit vereiste niet debet is aan (de vermeende) ondertoepassing van het AMM-instrument uit de Wmg. Deze wijziging is niet nuttig omdat hij de materiële betrouwbaarheid van het toezicht ondergraaft. De enige plausibele verklaring voor deze wijziging is gelegen in de verwevenheid van AMM- en fusietoezicht waardoor de huidige ondertoepassing van de fusietoets uit de Mw een effectieve toepassing van het AMM-instrument uit de Wmg kan bemoeilijken. Voor de oplossing van dat probleem is een beter alternatief voorhanden (zie hiervoor). Wel nuttig daarentegen zijn de nieuwe verplichtingen die in geval van AMM kunnen worden opgelegd aangezien zij de gereedschapskist van de toezichthouder goed aanvullen.

Overheveling bevoegdheden: Bij een betere toepassing van de fusietoets uit de Mw is aanvullend materieel en/of procedureel zorgspecifiek fusietoezicht overbodig (zie hiervoor) en overheveling niet langer een punt. Overheveling van het AMM-toezicht als zodanig biedt geen oplossing en lijkt voorbarig zolang ACM ervan overtuigd is dat problemen van marktmacht zich niet of nauwelijks voordoen in de zorg, dat nieuwe regelgeving nodig is om de publieke zorgbelangen beter te beschermen en dat het fusietoezicht onder de Mw geen koerswijziging behoeft.

Conclusie: Met uitzondering van de nieuwe AMM-verplichtingen kunnen de voorgestelde wijzigingen beter achterwege blijven omdat zij de publieke zorgbelangen niet beter beschermen dan de bestaande regels dat doen. Integendeel.

1. Inleiding

Dit rapport gaat over wetgeving die moet waarborgen dat de markt de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg (de publieke zorgbelangen) bevordert. De aanhoudende fusiegolf in de zorg heeft tot concentratie geleid in de tweedelijnszorg (met name ziekenhuizen en GGZ-instellingen) en de zorgverzekeringsmarkt. Tegelijkertijd heeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM)¹ pas twee zorgfusies tegengehouden op grond van de Mededingingswet (Mw).² Terwijl de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) maar twee keer is opgetreden tegen aanmerkelijke marktmacht (AMM) op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).³ Om te voorkomen dat (verdere) concentratie van zorgaanbieders en zorgverzekeraars de publieke zorgbelangen in gevaar brengt wil Minister Schippers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (de Minister; VWS) daarom het markttoezicht in de zorg ‘versterken’. Als onderdeel van een breder pakket maatregelen stelt zij voor om het zorgspecifieke toezicht op fusies en AMM te wijzigen en de zorgspecifieke mededingingsbevoegdheden naar ACM over te hevelen.⁴

Dit rapport onderzoekt of deze wijzigingen nodig en nuttig zijn. ‘Nodig’ in de zin dat de bestaande regelgeving niet goed (genoeg) tegen (misbruik van) concentratie beschermt en daarmee de publieke zorgbelangen onvoldoende waarborgt. ‘Nuttig’ omdat de voorgestelde wijzigingen dat beter doen. Van belang daarbij is dat toezicht niet alleen uit de toets zelf, maar ook uit de toepassing daarvan bestaat. Dit betekent dat ‘onderbescherming’ van de publieke zorgbelangen niet per definitie aan de kwaliteit van de toets ligt en dat nieuwe regels niet noodzakelijkerwijs tot beter toezicht leiden. Om noodzaak en nut van de voorgestelde regels te beoordelen moet een aantal vragen worden beantwoord. Hoe komt het dat de aanhoudende schaalvergroting in de zorg geen halt wordt toegeroepen? Ligt dat aan de fusietoets uit de Mw of aan de toepassing daarvan door de toezichthouder? Zal de zorgspecifieke fusietoets zoals voorgesteld tot beter fusietoezicht leiden? Hoe komt het dat het AMM-instrument amper is toegepast? Ligt dat aan artikel 48 Wmg of aan de toepassing daarvan door de toezichthouder? Zullen de wijzigingen zoals voorgesteld tot beter AMM-toezicht leiden? En, *last but not least*, gaat overheveling van het zorgspecifieke toezicht op fusies en AMM tot beter toezicht leiden?

2. Fusietoezicht: niet toets, maar toepassing is het probleem

Het Nederlandse zorgstelsel is gebaseerd op een systeem van gereguleerde concurrentie. In dit systeem worden de publieke zorgbelangen niet alleen door de overheid, maar ook door de markt gerealiseerd. Daarmee is concurrentie van groot belang voor het welslagen van het huidige zorgstelsel. Concurrentie is immers het mechanisme dat verzekert dat de markt goede resultaten voor patiënten en verzekerden oplevert. Voldoende concurrentiedruk dwingt zorgaanbieders en zorgverzekeraars hun verworven commerciële handelingsvrijheid te gebruiken om de zorg op een hoger plan te tillen: betere service en kwaliteit, efficiëntere zorgprocessen, een betere relatie tussen

¹ ACM is de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). In het kader van de leesbaarheid worden alle besluiten van de NMa aan de ACM toegeschreven.

² ACM, besluit van 20 december 2011 in zaak 6976 *Zorggroep Noordwest – Veluwe en Het Baken* (verpleeghuiszorg); besluit van 15 juli 2015 in zaak 14.0982.24 *Albert Schweitzer ziekenhuis – Rivas Zorggroep* (ziekenhuiszorg).

³ NZa, besluit van 22 februari 2011, *Menzis – Apotheek Van Dalen*; Besluit van 11 juli 2013, *Thuisapothek – Huisartsenpraktijk*.

⁴ Ambtelijk ontwerp Wetsvoorstel Herpositionering taken NZa en deregulering. Dit voorstel omvat ook de herpositionering van de NZa ten opzichte van het Ministerie van VWS, de omslag van een verbodstelsel naar een gebodstelsel als het gaat om tarieven en prestaties in de zorg, alsmede de bevordering van contractering via het macrobeheersinstrument. Het voorstel en andere relevante stukken zijn te vinden via de volgende link: http://www.internetconsultatie.nl/wet_herpositionering_taken_nza_en_deregulering

prijs, prestatie en kwaliteit, enz.⁵ Onvoldoende concurrentiedruk (marktmacht) frustreert een goede werking van de markt doordat de onderhandelingsruimte van contractpartijen en de keuzevrijheid van patiënten en verzekerden wordt beperkt. Hierdoor worden zorgaanbieders en zorgverzekeraars niet langer geprikkeld om de zorg te verbeteren. Integendeel. Marktmacht betekent minder innovatie (waardoor kwaliteitsverbeteringen uitblijven), minder keuzevrijheid (tenzij patiënten bereid zijn verder te reizen waardoor de bereikbaarheid van zorg verslechtert), en hogere prijzen (waardoor de betaalbaarheid van zorg afneemt). Precies het tegenovergestelde dus van datgene waarvoor marktwerking in de zorg is ingevoerd.

De Mw is van toepassing in de zorg om te waarborgen dat de markt de publieke zorgbelangen bevordert. Volgens ACM is de fusietoets uit artikel 41(2) Mw echter ontoereikend om de publieke zorgbelangen te waarborgen.⁶ Haar toepassingspraktijk zou uitwijzen dat zorgfusies niet vaak tot marktmacht leiden en daar waar dat wel het geval was zou ACM hebben ingegrepen. Heeft de toezichthouder een punt?

2.1. Toepassing voldoet niet aan wettelijk toetsingskader

Artikel 41(2) Mw verbiedt fusies die 'de daadwerkelijke mededinging op significante wijze beperken, met name als gevolg van een economische machtspositie'.⁷ Sinds de invoering van de economische benadering wordt deze open norm aan de hand van het begrip consumentenwelvaart ingevuld.⁸ Daarmee wordt erkend dat de Mw de mededinging beschermt om veilig te stellen dat de markt de consumentenwelvaart maximaliseert. Dit betekent dat (i) een beperking van de mededinging pas een probleem oplevert wanneer sprake is van marktmacht, maar (ii) marktmacht alsnog geen probleem is zolang de consumentenwelvaart per saldo toeneemt.⁹ In de zorg staat consumentenwelvaart voor de welvaart van patiënten en verzekerden. Daarmee biedt artikel 41(2) Mw een toetsingskader waarin de gevolgen van een fusie voor de zorgbelangen als volgt worden onderzocht.¹⁰

Eerst wordt nagegaan of een fusie tot een welvaartsvermindering zal leiden vanwege marktmacht. Fusies die niet tot marktmacht leiden worden goedgekeurd. In overeenstemming met de inrichting van het huidige zorgstelsel zal marktwerking in dat geval goede resultaten opleveren. Goedkeuring kan ook onder voorwaarde gebeuren (art. 41(4) Mw), maar alleen wanneer zogeheten remedies het eerder geconstateerde probleem van marktmacht volledig wegnemen.¹¹ Structuurremedies hebben daarbij de voorkeur omdat zij het mededingingsprobleem daadwerkelijk wegnemen (bijvoorbeeld door de afstoting van een bedrijfsonderdeel).¹² Gedragsremedies liggen minder voor de hand omdat zij slechts de gevolgen van een mededingingsprobleem wegnemen.¹³

Fusies die wel tot marktmacht (blijven) leiden worden verboden. Ook dit is in overeenstemming met het huidige zorgstelsel. In dit geval zal marktwerking immers geen goede resultaten opleveren. Er is één uitzondering, te weten wanneer de betrokken ondernemingen aanvoeren dat de fusie de zorg ook verbetert en wel zodanig dat de eerder vastgestelde

⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 2.

⁶ ACM, Position papers ten behoeve van de rondetafelgesprekken van de vaste kamercommissie VWS 'kwaliteit loont' (17 april 2015) en 'fusietoets zorginstellingen' (29 juni 2015).

⁷ Het mededingingsrechtelijke begrip is 'concentratie' en omvat behalve fusies ook overnames en bepaalde gemeenschappelijke ondernemingen (art. 27 Mw).

⁸ M. Monti, EU Competition Policy after 2004, Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, New York 24 oktober 2003; Commissie Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81(3) EG, PbEU 2004, C 101/97; N. Kroes, European competition policy – delivering better markets and better choices, Londen 15 september 2005.

⁹ E. Loozen, The Requisite Legal Standard for Economic Assessments in EU Competition Cases Unravelled through the Economic Approach, *European Law Review* (2014)1, p. 91-110.

¹⁰ Commissie Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2004, C 31/5.

¹¹ Commissie Mededeling over aanvaardbare corrigerende maatregelen, PbEU 2008, C 267/1, rnr. 9.

¹² *Ibid*, rnr. 15.

¹³ *Ibid*, rnr. 7.

welvaartsvermindering daardoor wordt gecompenseerd. Alsdan moet de toezichthouder nagaan of aan de rechtsgeldigheidsvoorwaarden van een zogeheten efficiëntieverweer is voldaan. De voorwaarden van het efficiëntieverweer waarborgen dat de positieve gevolgen van een fusie zich daadwerkelijk zullen voordoen en groter zijn dan de negatieve gevolgen. De voorwaarden van een reddingsfusieverweer stellen zeker dat de fusie niet tot negatieve gevolgen leidt omdat deze zich ook zonder de fusie zouden hebben voorgedaan.

Hierna worden vijf goedkeuringsbesluiten uit de ziekenhuissector besproken. Vanaf 2004 tot juli 2015 heeft ACM in totaal zeventwintig ziekenhuisfusies materieel beoordeeld.¹⁴ Eén ziekenhuisfusie is verboden,¹⁵ zesentwintig ziekenhuisfusies zijn goedgekeurd, waarvan achttien na een (oppervlakkig) eerste fase onderzoek en acht na een (meer diepgaand) tweede fase onderzoek. De besproken besluiten betreffen tweede fase besluiten.

*Fusie tussen Ziekenhuis Walcheren en Oosterschelde ziekenhuizen (Midden-Zeeland).*¹⁶ Hier is sprake van een onwaarschijnlijk groot mededingingsprobleem omdat de fusie tot een volledig monopolie zal leiden (100% marktaandeel). Toch wordt de fusie onder oplegging van drie gedragsremedies goedgekeurd. De ziekenhuizen zeggen toe om de toetreding van nieuwe zorgaanbieders te faciliteren. Zij committeren zich aan een prijsplafond voor vrij onderhandelbare ziekenhuiszorg. En zij gaan bepaalde kwaliteitsverbeteringen realiseren.

Dit besluit voldoet niet aan het wettelijke toetsingskader.¹⁷ Faciliteren van toetreding vormt géén effectieve gedragsremedie omdat eerder is geconstateerd dat Midden-Zeeland geen ruimte biedt voor nieuwe volwaardige concurrenten.¹⁸ Een toezegging om de kwaliteit te verbeteren is niet gericht op het wegnemen van het mededingingsprobleem en dus per definitie ineffectief.¹⁹ Dat wil niet zeggen dat kwaliteitsverbeteringen niet nastrevenswaardig zijn. Alleen, wanneer een fusie tot negatieve gevolgen vanwege marktmacht leidt, moeten de kwaliteitsverbeteringen aantoonbaar en noodzakelijk uit de fusie zelf voortvloeien. Dat was hier niet het geval. In het kader van het efficiëntieverweer was immers vastgesteld dat de overgelegde stukken ‘onvoldoende nauwkeurig en onvoldoende overtuigend’ waren om de geclaimde verbeteringen te kunnen beoordelen waardoor een remedie nodig was om de verbeteringen te bepalen en af te dwingen.²⁰

Het prijsplafond, ten slotte, voorkomt weliswaar de negatieve gevolgen (althans in theorie),²¹ maar daarmee is nog geen sprake van een rechtsgeldige remedie. Het is de bedoeling dat prijsplafonds alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden ingezet.²² In dit geval is de uitzonderlijkheid gelegen in de omstandigheid dat de fusie de door de wetgever ingevoerde marktwerking geheel opzij zet. Dat is een omstandigheid die tot een verbod noopt, niet tot een tweederangs remedie.

¹⁴ Voorafgaand aan 2004 kon volgens ACM geen sprake zijn van een inbreuk op artikel 41(2) Mw omdat de ziekenhuissector te zeer gereguleerd was en onvoldoende mogelijkheden voor concurrentie bood. Zie: ACM, Concurrentie in de ziekenhuissector, Visiedocument 3128/55, Den Haag januari 2004.

¹⁵ De fuserende ziekenhuizen, Albert Schweitzer ziekenhuis en Rivas Zorggroep, hebben beroep aangetekend tegen het verbodsbesluit: Ziekenhuizen in beroep tegen verbod fusie, www.rtvdoordrecht.nl, 15 augustus 2015.

¹⁶ ACM, besluit van maart 2009 in zaak 6424 *Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*.

¹⁷ Meer uitgebreid: M. Varkevisser en F. Schut, *Zorgspecifieke fusietoets is overbodig en ongewenst*, Tijdschrift voor Toezicht (2011)1, p. 33-41; E. Loozen, NMa en NZa: houd je bij je leest!, Tijdschrift voor Toezicht (2001)4, p. 25-47.

¹⁸ *Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, nr. 92, 124-127, 133-134.

¹⁹ R. Kemp, M.-L. Leijh-Smit en K. Schep, alle drie werkzaam bij ACM, hebben het over een ‘kwaliteitsremedie’ in Concentratietoezicht ACM in de ziekenhuissector, Markt & Mededinging (2015)3, p. 102-114, p.103. Dit begrip is een contradictio in terminis onder de Mw.

²⁰ *Ziekenhuizen Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, nr. 137.

²¹ Varkevisser en Schut twijfelen sterk aan de effectiviteit van het prijsplafond: 2011, p. 38.

²² Commissie Mededeling aanvaardbare corrigerende maatregelen, nr. 17.

*Fusies tussen TweeSteden ziekenhuis en St. Elisabeth Ziekenhuis (Tilburg), Atrium en Orbis (Zuid-Limburg), en Spaarne Ziekenhuis en Kennemer Gasthuis (Noord-Holland).*²³ Deze fusies zijn op dezelfde dag op grond van dezelfde redeneerwijze goedgekeurd. In alle drie zaken is sprake van significante marktmacht. Terwijl het marktaandeel van het fusieziekenhuis 70-80% (Tilburg) dan wel 60-70% (Zuid-Limburg en Noord-Holland) bedraagt, is er geen sprake van compenserende afnemersmacht aan de kant van verzekeraars.²⁴ Toch volgt goedkeuring. Uitgangspunt daarvoor is dat de verzekeraars het fusieziekenhuis niet meteen zullen kunnen disciplineren, maar wel na verloop van tijd.²⁵ Gedurende de tussenliggende periode zullen de ziekenhuizen zich aan een prijsplafond houden.²⁶

Weer wordt het voorgeschreven toetsingskader niet gevolgd.²⁷ Het begint ermee dat ACM leunt op het niet-onderbouwde standpunt van verzekeraars dat zij de marktmacht van het fusieziekenhuis gaan compenseren. Hierdoor ziet ACM twee dingen over het hoofd. Ten eerste dat verzekeraars niet zonder meer de belangen van hun verzekerden vertegenwoordigen. De markt voor verzekeraars is immers behoorlijk geconcentreerd en in sommige regio's lijkt sprake van weinig concurrentie. Daar waar een fusie tot minder keuze voor patiënten leidt, kan het dus zo maar zijn dat een verzekeraar vindt dat een fusie de inkoop voor zorg wel zo overzichtelijk maakt. Ten tweede dat het geenszins zeker is dat, wanneer verzekeraars in zijn algemeenheid meer geprikkeld worden om ziekenhuiszorg selectief in te kopen,²⁸ zij dat ook in het voorliggende geval zullen *kunnen* doen. Het springende punt van marktmacht is immers dat de mogelijkheden voor selectieve inkoop juist worden beperkt en verzekeraars patiënten naar verder weg gelegen ziekenhuizen moeten sturen willen zij daar toch toe overgaan. Gelet op de gebleken voorkeuren van patiënten in deze specifieke gevallen, de beperkte reisbereidheid van patiënten in het algemeen,²⁹ en het gebrek aan publiek toegankelijke kwaliteitsinformatie (waardoor die reisbereidheid niet toeneemt),³⁰ is dat laatste maar zeer de vraag.

Voorts neemt het prijsplafond de nadelige gevolgen van het mededingingsprobleem niet weg. Ten eerste bevat het plafond tal van uitzonderingen waardoor het weinig om het lijf heeft.³¹ Ten tweede is het plafond van voorbijgaande aard. Onwaarschijnlijk is dat zulks ook voor het geconstateerde mededingingsprobleem geldt. Ten derde behelst het plafond niet meer dan een intentieverklaring van de ziekenhuizen.³² Dergelijke verklaringen vormen per definitie geen rechtsgeldige remedie omdat zij bij niet-naleving niet tot intrekking van het goedkeuringsbesluit kunnen leiden.³³ Gelet op het feit dat hoe dan ook sprake is van een tijdelijk mededingingsprobleem kan ACM dit gebrek aan rechtsgeldigheid niet repareren door de toezegging 'nadrukkelijk geen

²³ ACM, besluiten van 2 november 2012 in zaak 7295 *TweeSteden ziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*; zaak 7236 *Atrium – Orbis*; en zaak 7332 *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis*.

²⁴ *TweeSteden ziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*, rnr. 125; *Atrium – Orbis*, rnr. 142; en *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis*, rnr. 133.

²⁵ *TweeSteden ziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*, rnr. 135 en 139; *Atrium – Orbis*, rnr. 152 en 156, en *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis*, rnr. 143 en 147.

²⁶ *TweeSteden ziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*, rnr. 135-140; *Atrium – Orbis*, rnr. 152-157, en *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis*, rnr. 143-148.

²⁷ Meer uitgebreid: E. Loozen, M. Varkevisser and E. Schut, Dutch Authority for Consumers and Markets fails to meet the standard of proof in recent hospital merger decisions, *European Competition Law Review*, (2014)1, p. 16-22.

²⁸ Selectief inkopen betekent dat verzekeraars niet alle zorgaanbieders voor alle zorgbehandelingen contracteren, maar alleen die zorgaanbieders die een goede prijs/kwaliteitsverhouding bieden.

²⁹ P. Beukers, R. Kemp en M. Varkevisser, Patient hospital choice for hip replacement: empirical evidence from the Netherlands, *European Journal of Health Economics* (2014)9, p. 927-936; M. Varkevisser, S. van der Geest en F. Schut, Do patients choose hospitals with high quality ratings? Empirical evidence from the market for angioplasty in the Netherlands, *Journal of Health Economics* (2012)2, p. 371-378.

³⁰ L. Boonen en E. Schut, Zorgverzekeraars kampen met vertrouwensprobleem, *ESB* (2010)4572, p. 678-681; R. Bes, S. Wendel en J. de Jong, Het vertrouwensprobleem van zorgverzekeraars, *ESB* (2012)4647, p. 676-677.

³¹ *TweeSteden ziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*, Bijlage 3; *Atrium – Orbis*, Bijlage D, en *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis*, Bijlage 3.

³² ACM, Regierol zorgverzekeraar cruciaal bij toestaan ziekenhuisfusies, persbericht van 7 december 2012.

³³ Commissie Mededeling aanvaardbare corrigerende maatregelen, rnr. 13.

[remedie] in de zin van artikel 41(4) Mw' te noemen.³⁴

*Fusie tussen Lievensberg ziekenhuis en St. Franciscus ziekenhuis (West-Brabant).*³⁵ In deze zaak wordt geen significante marktmacht vastgesteld. Hiertoe wordt het toetsingskader op meerdere punten losgelaten waarvan er hier een wordt toegelicht.³⁶ De relevante geografische markt wordt niet precies, maar wel ruim afgebakend. Daarmee wordt ten onrechte de suggestie gewekt dat de negatieve gevolgen van de fusie minder groot zijn. Markten worden afgebakend omdat ze het kader bieden waarbinnen de mededingingsgevolgen van een fusie kunnen worden beoordeeld. Betrouwbare besluitvorming begint daarom met precieze marktafbakening. Soms kunnen markten niet precies worden afgebakend. Opdat het publieke belang adequaat beschermd wordt tegen marktmacht, vormt de kleinste plausibele markt alsdan de relevante markt.³⁷ Dit uitgangspunt wordt niet gevolgd. De kleinste plausibele markt omvat slechts een klein deel van het werkgebied van het Amphia ziekenhuis uit Breda. Vastgesteld wordt dat de geografische markt een aanzienlijk deel van het werkgebied van Amphia omvat. Hoe aanzienlijk wordt echter in het midden gelaten. Ondertussen bedraagt het marktaandeel van het fusieziekenhuis niet langer 70-80%, maar ergens tussen 30-40% (geen mededingingsprobleem) en 70-80% (wel een mededingingsprobleem).³⁸

Uit het bovenstaande volgt niet dat de Mw ontoereikend is om de publieke zorgbelangen te beschermen. Bij onverkorte handhaving van de Mw zou immers niet één, maar zouden zeker zes ziekenhuisfusies géén doorgang hebben gevonden. Net zo min is sprake van een toezichthouder die in geval van marktmacht 'ingrijpt' om de publieke zorgbelangen zeker te stellen. Integendeel. In plaats van een zorgvuldige toezichthouder die via een strenge bescherming van de mededinging waarborgt dat de markt de zorgbelangen bevordert, is sprake van een creatieve toezichthouder die het wettelijke toetsingskader loslaat om, in dit geval, ziekenhuisfusies te faciliteren.³⁹

2.2. Nieuwe regels maken toets noch toezicht beter

Het is niet voor het eerst dat de Minister het fusietoezicht van ACM in de zorg door middel van aanvullende regels probeert bij te sturen.⁴⁰ Om diezelfde reden is in 2014 de zorgspecifieke fusietoets ingevoerd (artikel 49a-d Wmg).⁴¹ Deze toets vindt voorafgaand aan de fusietoets uit de Mw plaats en wordt vooralsnog uitgevoerd door de NZa. De toets richt zich op het moreel plichtsbesef van de fuserende instellingen. Opdat zij zich beter rekenschap geven van de noodzaak, de gevolgen en de risico's die een fusie meebrengt voor de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg,⁴² moeten de instellingen dienaangaande een fusie-effectrapportage aanleveren (art. 49b Wmg). Vervolgens kan de NZa de fusie tegenhouden wanneer blijkt dat cliënten, personeel en andere betrokkenen niet op zorgvuldige wijze bij de voorbereiding van de fusie zijn betrokken (49c, lid 2 a en b Wmg).⁴³

Deze keer is het de bedoeling om bovengenoemde procedurele toets aan te vullen met

³⁴ *TweeSteden ziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*, Bijlage 3, punt 10; *Atrium – Orbis*, Bijlage D, punt 10, en *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis*, Bijlage 3, punt 10.

³⁵ ACM, Besluit van 30 september 2013 in zaak 13.0438.24 *Lievensberg Ziekenhuis – St. Franciscus Ziekenhuis*.

³⁶ Meer uitgebreid: E. Loozen, M. Varkevisser en E. Schut, *Beoordeling ziekenhuisfusies door ACM: staat de consument wel echt centraal?*, *Markt & Mededinging* (2014)1, p. 5-14.

³⁷ ICN Recommended Practices for Merger Analysis, p. 5.

³⁸ *Lievensberg Ziekenhuis – St. Franciscus Ziekenhuis*, rnr. 51.

³⁹ Vgl. Edith Loozen, *Toezichthouder ACM zou de wet eens moeten volgen*, *NRC Handelsblad* 29 april 2015.

⁴⁰ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 253, nr. 3, p. 2-3. Nieuwsbericht Rijksoverheid, *Toezicht op fusies in de zorg aangescherpt*, 14 juni 2011.

⁴¹ *Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten in verband met het tijdig signaleren van risico's voor de continuïteit van zorg alsmede in verband met het aanscherpen van procedures met het oog op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg*, *Stb.* 2013, 522 en 592.

⁴² *Kamerstukken II 2011/12*, 33 253, nr. 3, p. 11.

⁴³ Voor cruciale zorg bestaat tevens een materiële toetsingsnorm die de beschikbaarheid van zorg garandeert (49c, lid 2 c Wmg).

materiële voorwaarden. Daartoe wordt in de Wmg de mogelijkheid opgenomen om bij ministeriële regeling de publieke zorgbelangen betaalbaarheid en bereikbaarheid nader in te vullen.⁴⁴ ⁴⁵ Gedacht wordt aan een betaalbaarheidsnorm die vastlegt tot welke prijsstijging een fusie maximaal mag leiden.⁴⁶ En aan een bereikbaarheidsnorm die bepaalt welke reistijd of reisafstand als gevolg van een fusie maximaal toelaatbaar is.

De vraag is of deze materiële aanvulling van de zorgspecifieke fusietoets het toezicht op fusies in de zorg verbetert. Dit kan in beginsel op twee manieren. Doordat beide normen de zorgbelangen beter beschermen dan artikel 41(2) Mw dat doet. Of doordat beide normen de toezichthouder tot een betere toepassing van artikel 41(2) Mw aanzetten. Géén van beide is het geval.⁴⁷

De betaalbaarheidsnorm zal waarschijnlijk worden gebaseerd op de econometrische modellen waarmee de NZa de prijsgevolgen van een fusie berekent.⁴⁸ Deze modellen kwantificeren de gevolgen die een fusie meebrengt voor de onderhandelingsmacht van de fuserende ziekenhuizen en voorspellen de gevolgen voor de prijs van ziekenhuiszorg. Terwijl bij mededingingstoezicht op grond van marktafbakening het feitelijke reisgedrag van patiënten per productmarkt wordt gemeten en vervolgens de aanwezigheid van marktmacht wordt onderzocht, voorspellen de modellen het toekomstig reisgedrag van patiënten om daaruit de gevolgen van de fusie te berekenen.⁴⁹ Het probleem met deze modellen is echter dat zij op tal van aannames zijn gebaseerd en vooralsnog onduidelijk is of zij de uitkomsten in alle gevallen goed voorspellen. Daarnaast zullen de modellen geen prijsstijging voorspellen wanneer de ziekenhuizen voorafgaande aan een fusie (nog) niet met elkaar concurreren. Dat is geen probleem wanneer een ziekenhuis uit Groningen fuseert met een ziekenhuis uit Limburg. Dat is wel een probleem wanneer twee meest nabij gelegen ziekenhuizen fuseren. In een net gedereguleerde markt zijn deze ziekenhuizen, mede gelet op de beperkte reisbereidheid van patiënten,⁵⁰ immers het meest aangewezen om potentiële concurrentie om te zetten in actuele concurrentie. In plaats van econometrische analyse van de prijsgevolgen van een fusie als een *stand alone* betaalbaarheidsnorm te introduceren, lijkt het daarom verstandiger om deze analyse, net zoals de Amerikaanse mededingingsautoriteiten dat doen,⁵¹ mee te nemen in het kader van de klassieke mededingingsanalyse onder artikel 41(2) Mw.

Voor de bereikbaarheidsnorm is voorgesteld om de beschikbaarheidsnormen voor cruciale zorg als voorbeeld te nemen.⁵² Beschikbaarheid en bereikbaarheid zijn echter fundamenteel andere dingen. Beschikbaarheid van cruciale zorg betreft de zorgplicht en regelt de afstand waarbinnen een patiënt toegang tot een zorgaanbieder moet hebben. Bereikbaarheid is andermaal een generiek

⁴⁴ Ontwerp memorie van toelichting, p. 20; artikel I sub U van het ontwerp wijzigingsvoorstel. Meer in zijn algemeenheid doet zich de vraag voor of een dergelijke bevoegdheid voldoende bepaald is.

⁴⁵ Tevens wordt de fusie-effectrapportage uitgebreid en de reikwijdte van de zorgspecifieke toets meer gestroomlijnd met die van de fusietoets uit de Mw.

⁴⁶ De NZa heeft een grenswaarde van 5% voorgesteld: Position paper ten behoeve van het rondetafelgesprek van de vaste kamercommissie VWS 'kwaliteit loont', 17 april 2015.

⁴⁷ Vgl. Edith Loozen, Position paper rondetafelgesprek vaste kamercommissie VWS 'Fusietoets zorginstellingen', 29 juni 2015. Verder leeft de idee dat zorgspecifieke normen voor betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit van zorg deze belangen beter waarborgen omdat zijn zich 'direct' op de bescherming daarvan richten, terwijl dat onder artikel 41(2) Mw slechts 'indirect' via de bescherming van de mededinging gebeurt. In mijn artikel 'ACM en ziekenhuisfusies: hoeder van het publiek belang?', te verschijnen in Markt & Mededinging 2015(6), leg ik uit waarom die veronderstelling onjuist is.

⁴⁸ De Option-Demand methode is gebaseerd op de betalingsbereidheid van consumenten voor keuzemogelijkheden waarbij de verzekeringscomponent wordt meegenomen. De Logit Competition Index methode is gebaseerd op consumentenvoorkeuren zonder de structuur van de verzekeringsmarkt mee te nemen. Meer uitgebreid: www.nza.nl/104107/138494/bijlagemap/Bijlage_1_Fusiesimulatiemodellen.pdf

⁴⁹ Meer uitgebreid: R. Halbersma, W. Kerstholt en M. Mikkers, Marktafbakening en marktmacht in de zorgsector, Markt & Mededinging (2009)2, p. 74-82.

⁵⁰ Beukers, Kemp en Varkevisser, 2014; Varkevisser, Van der Geest en Schut, 2012.

⁵¹ FTC, *ProMedica Health Systems*, Docket No. 9346, Opinion of het Commission, 25 June 2012.

⁵² ACM, Position paper ten behoeve van het rondetafelgesprek 'fusietoets zorginstellingen' (29 juni 2015). De aanrijtijd van ambulances mag maximaal 15 minuten bedragen. Spoedeisende hulp en acute verloskundige zorg moeten binnen 45 minuten bereikbaar zijn. Er moet ten minste één aanbieder van crisisopvang GGZ in de regio aanwezig zijn. Acute en subacute behoefte aan mondzorg moet binnen 30 minuten bereikbaar zijn; gewone mondzorg moet binnen 45 minuten bereikbaar zijn voor consumenten.

alternatief voor mededingingstoezicht op fusies want regelt de afstand waarbinnen een patiënt toegang tot een concurrerende zorgaanbieder moet hebben. Fusietoezicht beoordeelt zulks door de specifieke mededingingssituatie voorafgaand aan de fusie te vergelijken met de specifieke mededingingssituatie na de fusie. Het is maar zeer de vraag of alle regionale verschillen in een generieke regel kunnen worden gevat. Zo'n bereikbaarheidsnorm zal noodzakelijkerwijs worden bepaald door de minst bevolkte regio's met de langste reistijden en reisafstanden. Daarmee zal schaalvergroting niet voorkomen worden.

Tegelijkertijd betreffen beide normen *minimum*normen die niet wegnemen dat het nog steeds zaak is om de mededinging te handhaven opdat de markt, in die gevallen waarin de fusies onder de te stellen grenswaarden blijven, de publieke zorgbelangen op een hoger plan tilt. Géén van beide normen zet de toezichthouder echter tot strenger toezicht aan. Integendeel. Waarom zou ACM zich meer over het middel – mededinging – bekommeren wanneer de wetgever de doelstellingen – betaalbaarheid en bereikbaarheid van zorg – inmiddels langs andere weg zegt veilig te stellen?

Uit het bovenstaande volgt dat geen van beide normen een materiële verbetering inhoudt ten opzichte van artikel 41(2) Mw. Daar staat tegenover dat de betaalbaarheidsnorm fusies boven de te stellen grenswaarde in beginsel wel zal tegenhouden. Als dat het streven is, lijkt het echter beter om het beestje bij zijn naam te noemen en een tijdelijk moratorium op ziekenhuisfusies in te stellen.⁵³ Onderwijl kan alsdan tevens een onderzoek worden ingesteld naar het hoe en waarom van ondertoepassing van artikel 41(2) Mw. Dit kan op grond van artikel 23 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Genoemde ondertoepassing betekent immers dat de toezichthouder zijn wettelijke taak en daarmee samenhangende bevoegdheden herdefinieert en dat is niet de bedoeling van een zbo.⁵⁴ Het voordeel van deze combi-aanpak is dat we in ieder geval op termijn naar een betere toepassing van de betere norm gaan.

2.3. Overheveling zorgspecifieke fusietoets: schrappen is beter

Als het aan de Minister ligt wordt de zorgspecifieke fusietoets binnenkort niet langer door de NZa, maar door ACM uitgevoerd. Een verrassend voorstel gelet op het feit dat deze fusietoets is ingevoerd om ACM bij te sturen. De Minister hoopt echter dat ACM zo meer kennis van de zorgmarkt verwerft waardoor het algemene fusietoezicht in de zorg zal verbeteren.⁵⁵ Dat is echter maar de vraag.

Hiervoor is uiteengezet dat aanvullende materiële normen ACM niet tot beter algemeen fusietoezicht zullen aanzetten. Hetzelfde geldt voor de bestaande procedurele fusietoets. Die toets dwingt bestuurders draagvlak te creëren voor hun fusie. En hij verschaft ACM inzicht in de doelstellingen en redenen van de fusie, de gevolgen voor de zorgverlening en de risico's voor de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg en hoe die risico's worden ondervangen (art. 49b Wmg).⁵⁶

Draagvlak creëren is niet moeilijk. Dat is een kwestie van cliënten en personeel tijdig bij het fusieproces betrekken en bij hen een positief gevoel kweken over de verbeteringen die met de fusie worden nagestreefd.⁵⁷ Zolang de stakeholders zich achter de fusie scharen zal goedkeuring onder de Wmg moeten volgen (zie hiervoor). Tegelijkertijd zal een fusie-effectrapportage vooral de positieve kanten van de fusie benadrukken. Laat daar nu juist géén behoefte aan bestaan. ACM heeft laten zien nu al moeite te hebben met het volgtijdelijk onderzoeken van (eerst) de negatieve gevolgen van een fusie vanwege marktmacht en (pas daarna) de positieve gevolgen in het kader van een efficiëntieverweer dan wel de minder negatieve gevolgen in het kader van een reddingsfusieverweer. Volgtijdelijkheid staat voor voor betrouwbare besluitvorming: de gevolgen van een fusie worden volgens de toepasselijke bewijsvereisten op navolgbare wijze vastgesteld. In *Lievensberg/St. Franciscus* wordt de (vermeende) aanwezigheid van 'minder negatieve gevolgen' en 'positieve gevolgen' al in het onderzoek naar de marktmacht verdisconteerd zonder dat aan de voorwaarden van

⁵³ Vgl. G. Blijham, voorzitter Maastricht UMC, die een algeheel verbod op ziekenhuisfusies bepleit (ingezonden brief Volkskrant 24 november 2014).

⁵⁴ Kamerstukken II 2000-2001, 27426, nr. 3, p. 11. Edith Loozen, Public healthcare interests require strict competition enforcement, *Health Policy* (2015) <http://dx.doi.org/10.106j.healthpol.2015.02.005>.

⁵⁵ Ontwerp memorie van toelichting, p. 19.

⁵⁶ Dit alles met de idee dat bestuurders dan twee keer nadenken over een fusie.

⁵⁷ W. Groot, 'Fusietoets ziekenhuizen is wassen neus', *Skrip* 3 december 2012; Loozen 2013, p.116.

een reddingsfusie- en efficiëntieverweer is voldaan.⁵⁸

Kortom, de procedurele fusietoets heeft weinig toegevoegde waarde als het gaat om het bijsturen van bestuurders. Daarenboven corrigeert hij het materiële fusietoezicht niet, terwijl hij ondertussen wel de administratieve lastendruk verhoogt.⁵⁹ Zo bezien kan deze toets beter worden afgeschaft.

3. AMM-toezicht: toets is niet het probleem

Al bij de invoering van het nieuwe zorgstelsel is het algemene mededingingstoezicht aangescherpt voor de zorgsector. De reden daarvoor was dat in sommige net gedereguleerde zorgmarkten sprake was van regionale machtsposities die niet op eigen kracht waren verworven, maar ontleend waren aan het oude stelsel van centrale aanbodsuring. Ex post optreden tegen misbruik van economische machtspositie (EMP; art. 24 Mw) werd in die situatie onvoldoende geacht. Om de totstandkoming van goed werkende zorgmarkten te bespoedigen heeft de NZa de bevoegdheid gekregen om zorgaanbieders of verzekeraars die over AMM beschikken ex ante bepaalde gedragsverplichtingen op te leggen (art. 48 Wmg).⁶⁰ Een positie van AMM komt overeen met een positie van EMP (art. 47 Wmg en 1 sub i Mw).

Vooralsnog is artikel 48 Wmg echter nauwelijks toegepast. De twee gevallen waarin dat wel is gebeurd betroffen allebei verkoopmacht van individuele zorgaanbieders. Apotheek Van Dalen uit Breda is een contracteerverplichting opgelegd omdat hij weigerde op basis van het preferentiebeleid met Menzis te contracteren.⁶¹ Huisartsenpraktijk Prinsenbeek is verplicht om patiënten naar hun apotheek van keuze door te verwijzen omdat de betrokken huisartsen weigerden naar een internetapotheek door te verwijzen.⁶² Alle klachten over vermeend misbruik van inkoopmacht zijn afgewezen.⁶³

De Minister stelt nu voor om ook het AMM-instrument aan te scherpen. De voorwaarde dat AMM 'op een volgens de beginselen van het algemeen mededingingsrecht afgebakende markt' moet worden vastgesteld, wordt geschrapt (art. I sub P). Daarnaast worden twee nieuwe verplichtingen ingevoerd die de toezichthouder in geval van AMM kan opleggen (art. I sub P). Ten slotte wordt de samenloopregeling uit artikel 18 Wmg gewijzigd vanwege de overheveling van het AMM-instrument naar ACM (art. I sub F). Weer is de vraag of deze wijzigingen tot beter toezicht leiden.

⁵⁸ Meer uitgebreid hierover: Loozen *et al.* 2014.

⁵⁹ Administratieve lastendruk is de reden waarom de Minister de reikwijdte van de zorgspecifieke fusietoets wil aanpassen (ontwerp memorie van toelichting, p. 20-21).

⁶⁰ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 186, p. 20 en 22.

⁶¹ *Menzis – Apotheek Van Dalen*, rnr. 266.

⁶² *Thuisapotheek – Huisartsenpraktijk*, rnr. 147-155.

⁶³ Andersson Elffers Felix meldt dat in de periode 2009-2014 enkele honderden mogelijke AMM-zaken zijn binnengekomen via signalen, advies of aanvragen (Ordering en toezicht in de zorg. Evaluatie van de Wet Marktordering Gezondheidszorg (WMG) en de Nederlandse Zorgautoriteit, 2 september 2014. Op de website van de NZa zijn maar een paar afwijzingsbesluiten te vinden over inkoopmacht: Besluit zonder datum, *De Zorgmakelaar Farmacie – Coöperatie VGZ*; Besluit van 31 juli 2014, *Pro Juventus – Achmea Zorgverzekeringen*; Besluit van 31 juli 2012, *Dermatologisch Centrum Wetering – Menzis*; Besluit van 29 april 2011, *Leemhuis en Van der Maarel – UVIT*; Besluit van 7 december 2009, *Apotheek Het Kompas – Multizorg VZR*; en Besluit van 25 juli 2007 *Actiz – Achmea*; en, over verkoopmacht: Besluit van 18 juni 2007, *Samenwerkende Artsenlaboratorium en diagnostische centra in Nederland, Stichting Synergos en Stichting Huisartsenlaboratorium Oost – VieCuri*; en Besluit van 5 april 2011, *Verloskundige groepspraktijk Helmond – Stichting Elkerliek Ziekenhuis*. Overigens wordt artikel 48 Wmg ook toegepast op zorgkantoren: Besluit van 23 november 2009, *Residentiële Stichting en Ambulante Zorg t. de zorgkantoren van CZ en Achmea*; en Besluit van 7 mei 2008, *Zorgkracht t. Zorg & Zekerheid*; en Besluit van 8 september 2008 *Stichting Carinova t. Agis*. Dat is opmerkelijk. Zorgkantoren verrichten immers geen economische activiteit en kunnen daarom niet op grond van art. 48 Wmg worden aangesproken. Meer uitgebreid: E.M.H. Loozen, Mededingingstoezicht op maatschappen van zorgaanbieders: welke rol is weggelegd voor ACM respectievelijk NZa?, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (2013)7, p. 622-636, p. 630.

3.1. Schrappen marktafbakening is nodig noch nuttig

De ondertoepassing van het AMM-instrument zou vooral zijn terug te voeren op de ingewikkeldheid van geografische marktafbakening die in de zorg discussies oproept over reisafstanden, reisbereidheid van verzekerden en de gevoeligheid voor prijs en kwaliteit.⁶⁴ Om de nieuwe toezichthouder 'maximale flexibiliteit' te geven bij de handhaving van artikel 48 Wmg wordt voorgesteld dat een positie van AMM ook op grond van de eerder genoemde econometrische modellen kan worden aangetoond.

Onduidelijk is welk probleem deze aanscherping van het AMM-instrument moet oplossen. Mogelijke ondertoepassing van artikel 48 Wmg is namelijk niet te wijten aan de ingewikkeldheid van de afbakening van geografische markten. In de handhavingsbesluiten is geografische marktafbakening geen sta-in-de-weg gebleken. In *Apotheek Van Dalen* is de nauw afgebakende markt (de dorpen Breskens, Groede, Schoondijke en Nieuwvliet) bevestigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁶⁵ Huisartsenpraktijk Prinsenbeek is niet in beroep gegaan tegen de nauw afgebakende markt (het dorp Prinsenbeek).

Sterker nog, in de meeste afwijzingsbesluiten is de toezichthouder niet eens toegekomen aan de afbakening van de relevante markt.⁶⁶ Bij verkoopmacht focust de NZa op de vraag of een bepaalde gedraging tot mededingingsproblemen leidt. Bij inkoopmacht gaat de NZa er vanuit dat die geen problemen oplevert zolang concurrentie op de verzekeringsmarkt verzekeraars dwingt om de voordelen van inkoopmacht door te geven aan de consument (in de vorm van lagere premies). Slechts één afwijzingsbesluit wordt (mede) gebaseerd op het marktaandeel van de betrokken verzekeraar. Ook hier doet zich echter geen afbakeningsprobleem voor omdat de betrokken verzekeraar hetzelfde kleine marktaandeel heeft (0-10%) op de ruimere (landelijk) en de nauwere (provincie) verzekeringsmarkt.⁶⁷

Ondertussen ondergraaft de voorgestelde wijziging wel de materiële betrouwbaarheid van het AMM-toezicht. Want hoeveel flexibiliteit heeft een toezichthouder nodig? Onder artikel 48 Wmg hoeft hij, anders dan onder artikel 24 Mw, namelijk géén misbruik van AMM vast te stellen. Daarbij komt dat de oplegging van een of meer verplichtingen de commerciële handelingsvrijheid van de betrokken zorgaanbieders of zorgverzekeraars meer beperkt dan een verbodsbesluit onder artikel 24 Mw. Alsdan is een deugdelijke onderbouwing van een positie van AMM dus wel degelijk op zijn plaats. De econometrische modellen die marktafbakening zouden moeten vervangen zijn dezelfde modellen als die op grond waarvan de NZa de prijsgevolgen van een fusie voorspelt. Ook hier geldt echter dat die modellen vooral toegevoegde waarde hebben zolang ze in samenhang met marktafbakening worden gebruikt.

Blijft één reden over die verklaart waarom de Minister de verplichting wil schrappen om AMM op grond van marktafbakening vast te stellen: de ondertoepassing van artikel 41(2) Mw (zie hiervoor). Hoe zit dat? Eerder is opgemerkt dat een positie van AMM overeenkomt met een positie van EMP. Die laatste positie vormt ook een belangrijke omstandigheid voor de toepassing van artikel 41(2) Mw. Dit betekent dat wanneer op grond van al te ruime marktafbakening onder artikel 41(2) Mw is komen vast te staan dat een fusie tussen bijvoorbeeld twee ziekenhuizen niet tot marktmacht leidt, het moeilijk wordt om het fusieziekenhuis nadien op grond van artikel 48(1) Wmg aan te spreken. Met andere woorden, ondertoepassing van artikel 41(2) Mw brengt niet alleen de publieke zorgbelangen in gevaar doordat fusies die tot marktmacht leiden niet worden voorkomen. Maar ook doordat in die gevallen waarin ondertoepassing terug te voeren is op abusievelijk vastgestelde afwezigheid van marktmacht, optreden tegen misbruik van marktmacht op grond van artikel 48(1) Wmg wordt bemoeilijkt. Het wetsvoorstel wil dit probleem oplossen door AMM-toezicht mogelijk te maken dat niet op marktafbakening is gebaseerd. Ook in dit geval geldt evenwel dat een betere toepassing van artikel 41(2) Mw een betere oplossing is dan de ontmanteling van artikel 48(1) Wmg.

⁶⁴ Ontwerp memorie van toelichting, p. 19-20.

⁶⁵ ECLI:NL:CBB:2015:BW7731.

⁶⁶ Zie voetnoot 52.

⁶⁷ Ibid, *Actiz – Achmea*.

3.2. Aanvullende verplichtingen: prima idee

Het voorstel behelst twee nieuwe verplichtingen die de toezichthouder in geval van AMM kan opleggen (art. I sub P; art. 48(1) sub j en o Wmg). Een zorgaanbieder kan verplicht worden zorg te leveren aan de consument. Ook kan hij verplicht worden een consument van een andere zorgaanbieder gebruik te laten maken. Daarnaast wordt verduidelijkt dat de toezichthouder zorgaanbieders en verzekeraars in voorkomend geval een maximum- of minimumprijs kan opleggen (art. I sub P; art. 48(1) sub j Wmg). Ook hier geldt dat de noodzaak van deze wijzigingen niet uit de toepassingspraktijk van de NZa kan worden afgeleid. Toch zijn de wijzigingen toe te juichen omdat ze het instrumentarium verbeteren.⁶⁸

Op grond van het huidige artikel 48(1) sub e Wmg kan een zorgaanbieder al verplicht worden om met de zorgverzekeraar te contracteren. Die verplichting verzekert echter niet dat de consument in alle gevallen snel van zorg wordt voorzien. Niet gezegd is immers dat de zorgaanbieder het contract met de zorgverzekeraar nakomt. Een expliciete leveringsverplichting aan de consument voorkomt dit probleem. Daarnaast komt het voor dat bijvoorbeeld ziekenhuizen patiënten naar een bepaald verpleeg- of verzorgingshuis doorsturen. De nieuwe verplichting maakt het mogelijk ziekenhuizen te verplichten patiënten naar verpleeg- of verzorgingshuizen van hun keuze door te sturen. De verduidelijking aangaande maximum- of minimumprijzen bevordert de rechtszekerheid.

Vooralsnog moest een dergelijke verplichting onder artikel 48(1) sub e of i Wmg worden ondergebracht. Deze bepalingen regelen de verplichting om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek tot het sluiten van een overeenkomst en de verplichting om tarieven van bepaalde diensten of leveringen overeenkomstig een door de NZa te bepalen berekeningsmethode vast te stellen. Beide constructies zijn gekunsteld en wellicht niet rechtsgeldig. De publieke zorgbelangen hebben baat bij deze verheldering omdat de concentratie in ziekenhuismarkten en de inkoopmarkt mogelijk tot oplegging van maximum- respectievelijk minimumprijzen noopt.

Het valt op dat er geen nieuwe verplichtingen worden voorgesteld die zich op de zorgverzekeraars richten. Gezien de onrust over het inkoopbeleid van zorgverzekeraars in de eerstelijnszorg⁶⁹ en de hoge concentratiegraad van de verzekeringsmarkt waarnaar ook de Minister verwijst,⁷⁰ lijkt zulks een gemis.⁷¹ Die veronderstelling is echter te kort door de bocht. De vraag is immers hoe het beste misbruik van inkoopmacht te voorkomen. Van belang daarbij is dat inkoopmacht niet per sé slecht is voor de patiënt/verzekerde. Zolang sprake is van een goed werkende zorgverzekeringsmarkt en van goed werkende inkoopmarkten is dat niet het geval. Bij een goed werkende zorgverzekeringsmarkt zullen zorgverzekeraars inkoopmacht gebruiken om zorg in te kopen van goede kwaliteit en een voordelige prijs. Tegelijkertijd kunnen inkoopmarkten goed werken zolang de inbreng van zorgaanbieders voldoende wordt gewaarborgd. Op beide markten heeft de NZa het toezicht op verzekeraars geïntensiveerd.⁷² Op de verzekeringsmarkt wordt onderzoek gedaan naar de manieren waarop verzekeraars verzekerden aan zich binden die weinig zorgkosten maken of ‘winstgevend’ zijn.⁷³ Op de inkoopmarkten is onderzocht of zorgverzekeraars aan de zorgplicht voldoen (wordt voldoende zorg ingekocht?) en hoe de inkoop functioneert (in dit verband zijn *good contracting practices*, *GCP*'s, opgesteld). Op grond van het laatste onderzoek is een aantal *GCP*'s omgezet in een door de NZa handhaafbare regeling.⁷⁴ Mocht het daarnaast nodig zijn om tegen

⁶⁸ Ontwerp memorie van toelichting, p. 20.

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld het ‘Manifest van de Bezorgde Huisarts’: <http://www.hetroermoetom.nu/>

⁷⁰ Ontwerp memorie van toelichting, p. 18.

⁷¹ Maverick Advocaten, Reactie Consultatie Wet herpositionering taken NZa en deregulering, 20 mei 2015.

⁷² NZa, Brief van 8 december 2014 aan de Minister over Aandachtspunten toezicht zorgverzekeraars, kenmerk: 109538/153162.

⁷³ NZa, Kwantitatief onderzoek naar risicoselectie. Eerste inzichten, juni 2015; NZa, Brief van 25 juni 2015 aan de Minister over Uitkomsten verdiepend onderzoek naleving acceptatieplicht volmachten, kenmerk: 109538/186240; NZa, Verhouding tussen de aanvullende verzekering en de basisverzekering bij de sturing van verzekerden, juni 2015.

⁷⁴ NZa, Regeling TH/NR-005 Transparantie zorginkoopproces Zvw, ingangsdatum 1 januari 2016.

specifieke gevallen van marktmacht op te treden dan lijkt het instrumentarium uit artikel 48(1) Wmg inclusief de verduidelijking aangaande maximum- en minimumprijzen voldoende.

3.3. Overheveling: níet nu, misschien later

De Minister wil het AMM-toezicht naar ACM overhevelen.⁷⁵ Die overheveling zou het toezicht versterken omdat ACM meer ervaren is in het toezicht houden op mededinging. Bovendien zou de bundeling van het toezicht op AMM en op misbruik van EMP, de toepassing daarvan vereenvoudigen.⁷⁶

In beginsel is het geen slecht idee om al het mededingingstoezicht in de zorg bij ACM onder te brengen. Daarmee brengt de wetgever immers tot uitdrukking dat de mededinging in de zorg net zo goed moet worden beschermd als in andere sectoren.⁷⁷ Van belang is evenwel dat overheveling als zodanig niet tot beter toezicht zal leiden. Uit het voorgaande blijkt immers dat ACM's ervaring met mededingingstoezicht in andere sectoren niet representatief is voor mededingingstoezicht in de zorg. Daarnaast wordt het toezicht niet vereenvoudigd doordat het AMM-toezicht door de overheveling 'gebundeld' wordt met het toezicht op EMP. Dit toezicht is nu namelijk ook al gebundeld, maar dan bij de NZa. (Dit komt omdat (i) het toezicht op AMM zich niet tot ex ante toezicht beperkt, maar ook ex post toezicht omvat,⁷⁸ en (ii) artikel 18(2) en (3) Wmg bepalen dat toezicht op AMM voorgaat.)

Blijft de vraag of de instelling van de Taskforce Zorg⁷⁹ voldoende garantie biedt dat ACM de mededinging in de zorg voortaan beter zal beschermen. Dat is niet gezegd. ACM gaat immers er vanuit dat, tenzij de bestaande rechtsnormen worden aangevuld, de uitkomsten van het fusietoezicht onder de Mw niet zullen veranderen.⁸⁰ Dienovereenkomstig hebben ACM-medewerkers recentelijk uiteengezet dat het ACM-toezicht op ziekenhuisfusies wel degelijk in het wettelijke toetsingskader past.⁸¹ In het verlengde daarvan heeft Chris Fonteijn, bestuursvoorzitter ACM, laten weten dat het recente verbodsbesluit in *Albert Schweitzer/Rivas Zorggroep* géén koerswijziging inhoudt.⁸²

Zolang niet duidelijk is dat de materiële rechtsnorm uit artikel 41(2) Mw beter gerealiseerd gaat worden, lijkt het niet onverstandig om de overheveling uit te stellen. Dit heeft twee voordelen. Het eerste voordeel is dat een concurrerende kijk op (de noodzaak van streng) fusietoezicht in de zorg voorhanden blijft doordat de NZa haar 'bevoegdheid' behoudt om zienswijzen te verstrekken in dat kader. In acht van de dertien vanaf 2011 toegestane fusies heeft de NZa gewaarschuwd voor negatieve gevolgen vanwege marktmacht.⁸³ Mede gelet op het feit dat goedkeuringsbesluiten niet snel worden aangevochten bij de rechter,⁸⁴ is het niet verstandig om deze kritische informatie op dit moment uit het systeem te halen. Het tweede voordeel is dat de generieke en specifieke bevoegdheden om inkoopmacht in de eerstelijnszorg in goede banen te leiden alsdan in één hand blijven (zie hiervoor).

Een derde, bijkomend voordeel is dat de nieuwe samenloopregeling kan komen te vervallen.

⁷⁵ Doordat in de relevante bepalingen van de Wmg de aanduiding 'zorgautoriteit' wordt vervangen door 'Autoriteit Consument en Markt' (art. I sub P, Q, S, U en V van het ontwerp wetsvoorstel).

⁷⁶ Ontwerp memorie van toelichting, p.19.

⁷⁷ Edith Loozen, 'Public Healthcare interests require strict competition enforcement', *Health Policy* (2015) <http://dx.doi.org/10.1016/j.healthpol.2015.02.005>.

⁷⁸ In beide handhavingsbesluiten in *Menzis – Apotheek Van Dalen* en *Thuisapotheek – Huisartsenpraktijk* had het misbruik al plaatsgevonden.

⁷⁹ Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM werkzaamheden Taskforce Zorg, Stcrt 2015 nr. 39889, 6 november 2015.

⁸⁰ ACM position paper 'kwaliteit loont' (17 april 2015) en 'fusietoets zorginstellingen'.

⁸¹ R. Kemp, M.-L. Leijh-Smit en K. Schep, 'Concentratietoezicht ACM in de ziekenhuissector. Inzicht en reflectie op de praktijk', *Markt & Mededinging* (2015)3: 102-114.

⁸² Chris Fonteijn, *Jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2015*, 8 oktober 2015, Amsterdam.

⁸³ NZa, Position paper 'Kwaliteit loont'.

⁸⁴ Fuserende ziekenhuizen zijn tevreden, concurrerende ziekenhuizen zullen veelal niet ontvankelijk zijn, de kritische houding van zorgverzekeraars is nog pril, terwijl de rechter de Nederlandse Patiënten en Consumenten Federatie onlangs niet-ontvankelijk achtte in haar beroep tegen de goedkeuring van de fusie tussen Lievensberg ziekenhuis en St. Franciscus (ECLI:NL:RBROT:2015:2307).

De nieuwe regeling bepaalt dat het NZa-toezicht op de zorgplicht voorgaat op het ACM-toezicht op mededinging (op grond van de Wmg, Mw dan wel VWEU).⁸⁵ Deze regeling is ongewenst. Een voorrangsregeling is nuttig wanneer dezelfde gedraging onder twee normen van gelijke strekking valt. Dit is het geval bij artikel 48 Wmg en 24 Mw.⁸⁶ De nieuwe regeling betreft echter geen normen van gelijke strekking. Toezicht op de zorgplicht waarborgt de beschikbaarheid van zorg. Toezicht op mededinging waarborgt tegen (misbruik van) marktmacht. Niet optreden op grond van marktmacht sluit ingrijpen vanwege de zorgplicht niet uit. Wel optreden vanwege de zorgplicht maakt de aansprakelijkheid vanwege (misbruik van) marktmacht niet minder. In dat geval is geen voorrangsregeling maar een samenwerkingsregeling aangewezen.

4. Conclusie

Wetswijzigingen zijn toe te juichen wanneer zij een probleem beter adresseren dan bestaande regelgeving dat doet. De meeste wijzigingen uit het concept wetsvoorstel 'Herpositionering taken NZa en deregulering' die het markttoezicht betreffen voldoen niet aan dit criterium.

De voorgestelde wijzigingen van het fusietoezicht zijn nodig noch nuttig en kunnen dus beter niet worden doorgevoerd. 'Niet nodig' omdat het niet aan de fusietoets uit de Mw ligt dat schaalvergroting in de zorg geen halt wordt toegevoerd, maar aan de toezichthouder die zich niet aan het wettelijke toetsingskader houdt. 'Niet nuttig' omdat vooralsnog niet vaststaat dat de modellen waarop de betaalbaarheidsnorm waarschijnlijk zal zijn gebaseerd, de prijsgevolgen van een fusie op betrouwbare wijze voorspellen. Terwijl de bereikbaarheidsnorm, voor zover überhaupt haalbaar, averechts zal uitpakken. Voor het tegenhouden van fusies die de publieke zorgbelangen in gevaar brengen is een beter alternatief voor handen. Te weten, de instelling van een tijdelijk moratorium gedurende welke tijd een onderzoek kan plaatsvinden naar het hoe en waarom van ondertoepassing van artikel 41(2) Mw. Voordeel hiervan is dat we op termijn naar een betere toepassing van de betere norm gaan. Alsdan kan de procedurele fusietoets bij gebrek aan toegevoegde waarde komen te vervallen.

Hetzelfde geldt voor de beoogde wijzigingen van het AMM-toezicht. Schrappen van het vereiste van (geografische) marktafbakening is nodig noch nuttig. De (vermeende) ingewikkeldheid van marktafbakening is niet debet aan (eventuele) ondertoepassing van artikel 48(1) Wmg. Integendeel. Marktafbakening is juist hard nodig om te verzekeren dat AMM-toezicht materieel gerechtvaardigd is.

De enige plausibele verklaring voor deze aanscherping is gelegen in de verwevenheid tussen AMM- en fusietoezicht waardoor de huidige ondertoepassing van artikel 41(2) Mw een effectieve toepassing van artikel 48(1) Wmg kan bemoeilijken. Ook in dit geval geldt echter dat een betere toepassing van artikel 41(2) Mw een betere oplossing is dan de ontmanteling van artikel 48(1) Wmg.

Bij een betere toepassing van artikel 41(2) Mw is aanvullend materieel en/of procedureel zorgspecifiek fusietoezicht niet langer nodig en overheveling dus niet langer aan de orde. Verder lijkt overheveling van AMM-toezicht voorbarig zolang ACM ervan overtuigd is dat problemen van marktmacht zich niet of nauwelijks voordoen in de zorg en de ondertoepassing van artikel 41(2) Mw geen koerswijziging behoeft. Alsdan heeft uitstel van overheveling twee voordelen. De NZa kan zienswijzen blijven verstrekken over het fusietoezicht onder de Mw. Hierdoor profiteren de publieke zorgbelangen van een concurrerende kijk op wat goed fusietoezicht inhoudt. Daarnaast blijft het generieke en specifieke toezicht op inkoopmacht in de eerstelijnszorg vooralsnog bij één toezichthouder. Bijkomend voordeel is dat de voorgestelde samenloopregeling achterwege kan blijven. Toezicht op zorgplicht en toezicht op mededinging waarborgen immers andere doelstellingen die niet tot een voorrangsregeling nopen.

Een positieve noot, ten slotte, vormen de verplichtingen die aan artikel 48(1) Wmg worden toegevoegd. Die verplichtingen vullen de gereedschapskist van de toezichthouder goed aan en moeten dus vooral wel worden ingevoerd.

⁸⁵ Ontwerp memorie van toelichting, p. 20.

⁸⁶ Loozen 2011, p. 29.

Erasmus University Rotterdam (EUR)
Institute of Health Policy & Management

Bayle (J) Building

Burgemeester Oudlaan 50

3062 PA Rotterdam, The Netherlands

T +31 10 408 8555

E research@bmg.eur.nl

W www.bmg.eur.nl