

Mededingingsregels in de medisch specialistische zorg

Mr. M.W. de Lint

1 Inleiding

De inwerkingtreding op 1 januari 1998 van de Mededingingswet (Mw) heeft het nodige stof doen opwaaien. Deze nieuwe wet breekt met het misbruikstelsel dat gold onder haar voorganger, de Wet op de Economische Mededinging. Onder dat stelsel werd louter misbruik bestraft, terwijl de nieuwe Mededingingswet een aantal verboden centraal stelt die zonder meer gelden, ongeacht of het gedrag van de betreffende ondernemingen daadwerkelijk een mededingingsbeperkend effect heeft. De Mw gaat ervan uit dat bepaald gedrag een concurrentiebeperkend effect kan hebben en om die reden ontoelaatbaar is. Dit zorgt vooral in de sector gezondheidszorg voor de nodige opschudding, omdat het een sector betreft die van oudsher wordt gekenmerkt door samenwerkingsafspraken, collectieve onderhandelingen en onderling afgestemd gedrag.

Vragen zijn er dan ook in overvloed: wat behelst de Mededingingswet precies en maakt ze elke vorm van samenwerking in de zorg onmogelijk? Zijn er uitzonderingen mogelijk en zo ja, onder welke condities? De situatie wordt gecompliceerder wanneer de voorgenomen vernieuwing van het zorgstelsel in de discussie wordt betrokken: welke consequenties heeft het afschaffen van de contractverplichting voor het gedrag van de marktpartijen in het licht van de mededingingsregels? Kan het overeenkomstenstelsel zoals we dat kennen de toets van de Mededingingswet doorstaan?

Deze notitie beoogt meer duidelijkheid te verschaffen over de invloed van het mededingingsrecht op zowel het huidige als het beoogde stelsel van gezondheidszorg, in het bijzonder de medisch specialistische zorg. Tevens wordt een aanzet gegeven tot een vooruitblik op het te verwachten strategische gedrag van de marktpartijen in de zorg: de zorgaanbieders en de zorgverzekeraars.

2 De Mededingingswet

De nieuwe Mededingingswet is sterk geënt op de Europese mededingingsregels, zoals neergelegd in het EG-verdrag. Het doel van de Mededingingswet is het bewerkstelligen van een regime van eerlijke concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen, teneinde de keuzevrijheid en keuzemogelijkheden van de consument te waarborgen dan wel te bevorderen. De wet verbiedt daartoe beperkingen van de mededinging. De handhaving van de wet is toevertrouwd aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), die daarbij de lijn volgt die op Europees niveau wordt uitgezet door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie.

De mededingingsregels

De Mededingingswet verbiedt zowel mededingingsafspraken tussen twee of meerdere ondernemingen (kartels) als het misbruik van een economische machtspositie door één onderneming.

Het kartelverbod

Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemers-verenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Om onder het verbod te vallen is het derhalve voldoende dat de overeenkomst, het besluit of de gedraging de *strekking* heeft de concurrentie te beperken; het is niet noodzakelijk dat door de overeenkomst de concurrentie ook feitelijk wordt beperkt. Bovendien gaat het bij de verboden overeenkomsten niet alleen om juridisch bindende overeenkomsten naar burgerlijk recht. Er is al sprake van een overeenkomst in de zin van de Mededingingswet als tussen ondernemingen consensus bestaat om hun concurrentiegedrag te regelen. Daartoe is voldoende dat ondernemingen de bedoeling hebben om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk.

Dergelijke overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig. De nietigheid kan voor de civiele rechter worden ingeroepen. Daarnaast is het mogelijk een actie uit onrecht-

matige daad in te stellen en vergoeding te eisen van de schade die ten gevolge van de betreffende overeenkomst is geleden.

Verbod op misbruik van een economische machtspositie

Een onderneming met een economische machtspositie mag geen misbruik maken van deze dominante positie. Het innemen van een dergelijke positie is derhalve niet verboden; 'slechts' het misbruik. Een onderneming heeft een *economische machtspositie* wanneer zij zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers en daardoor in staat is de instandhouding van daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen.

De onafhankelijkheid kan bijvoorbeeld worden aangetoond aan de hand van de prijsstelling van de betrokken onderneming. Verreweg het belangrijkste criterium voor het vaststellen van het bestaan van een economische machtspositie is evenwel het absolute marktaandeel, uitgedrukt in het percentage van de *relevante markt*, dat door de betrokken onderneming beheerst wordt. Een marktaandeel van 50% of meer levert vrijwel steeds het bewijs van een economische machtspositie. Is het marktaandeel lager dan wordt rekening gehouden met andere omstandigheden, zoals het relatieve marktaandeel (d.w.z. de verhouding tussen het marktaandeel van de van misbruik beschuldigde onderneming en de concurrerende ondernemingen).

Als *misbruik* wordt bijvoorbeeld aangemerkt het vragen van te hoge of discriminerende prijzen, het beperken van de productie, de afzet of technische ontwikkeling ten nadele van consumenten en het gebruiken van de economische machtspositie voor een bepaald product om afnemers te dwingen ook andere producten in combinatie daarmee aan te schaffen (zogenaamde koppelverkoop).

Preventieve fusiecontrole

Hoewel het innemen van een economische machtspositie als zodanig niet verboden is, voorziet de Mededingingswet tevens in een systeem van preventieve fusiecontrole om te voorkomen dat concentraties van ondernemingen resulteren in machtige ondernemingen die dominant genoeg zijn om op een bepaalde markt de concurrentie significant te beïnvloeden of uit te schakelen. Dit systeem houdt in dat voorgenomen concentraties van ondernemingen die bepaalde omzetsdrempels te boven gaan gemeld moeten worden bij de NMa en niet tot

stand mogen worden gebracht voordat de NMa de concentratie heeft beoordeeld.

De reikwijdte

Het begrip onderneming

De Mededingingswet is van toepassing op ondernemingen. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie blijkt dat hieronder dient te worden verstaan 'iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm of wijze waarop zij wordt gefinancierd'. De NMa heeft op grond van deze definitie vastgesteld dat zorgverleners, zoals bijv. huisartsen, fysiotherapeuten, ziekenhuizen, etc. ondernemingen zijn. De Mededingingswet is derhalve in beginsel op hen van toepassing.

Volgens de NMa zijn ook ziekenfondsen ondernemingen in de zin van de Mededingingswet, behalve voor zover zij AWBZ verzekeringen aanbieden (omdat de wetgever verzekeraars op dit terrein zo weinig ruimte laat tot het maken van eigen keuzes bij het uitvoeren van hun taken dat zij feitelijk niet anders doen dan uitvoering geven aan de wet en derhalve geen economische activiteiten uitoefenen); zorgverzekeraars zijn in het kader van de AWBZ wel ondernemingen voor zover het gaat om de inkoop van zorg. Overigens heeft het Europese Hof zich (nog) niet uitgesproken over de vraag of Nederlandse ziekenfondsen ondernemingen zijn in de zin van de Europese mededingingsregels.

De relevante markt

Om te kunnen beoordelen of overeenkomsten en gedragingen een concurrentiebeperkend effect (kunnen) hebben, moet vastgesteld worden welke ondernemingen nu precies met elkaar concurreren. Dit is het afbakenen van de relevante markt. Deze afbakening maakt het tevens mogelijk de marktaandelen van betrokken ondernemingen te berekenen.

De relevante markt wordt onderscheiden in een productmarkt en een geografische markt. De relevante *productmarkt* omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor ze zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar (substituëerbaar) worden beschouwd. In de gezondheidszorg zijn verschillende productmarkten van belang. Zo onderscheiden we bijv. een zorgverzekeringsmarkt (verzekeraar en consument-/patiënt), een zorgmarkt (zorgverlener en patiënt) en een zorginkoopmarkt (verzekeraar en zorgverlener). Laatst-

genoemde markt bestaat omdat de Ziekenfondswet aanspraken in natura verleent. Bij de particuliere ziektekostenverzekeringen is de verzekeringsaanspraak geformuleerd als een recht op schadevergoeding (restitutie); in dat geval bestaat er geen *zorginkoop*markt, maar een zorgmarkt. Verder bestaan er afzonderlijke productmarkten voor de verschillende soorten zorg, geleverd door de verschillende beroepsgroepen. Deze vormen van zorg zijn immers voor de patiënten (en/of ziekenfondsen) niet of in zeer beperkte mate uitwisselbaar.

De relevante *geografische* markt is het gebied waarin ondernemingen gevestigd zijn die met elkaar concurreren en waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende gelijk zijn. Voor patiënten is de fysieke afstand tot de zorgaanbieder doorgaans een belangrijke factor bij de keuze voor een bepaalde zorgverlener. De zorgverzekeraars worden bij het contracteren van zorg gestuurd door de behoeften van hun verzekerden. Om de relevante geografische markt voor de inkoop van zorg af te bakenen dient derhalve bekeken te worden hoe groot de afstand is die de zorgafnemer/patiënt bereid is of geacht wordt af te leggen voor het bezoek aan de zorgverlener (en andersom). Hoe groot deze afstand is hangt o.a. af van de soort zorg en de gemiddelde bezoekfrequentie. Vanuit een patiënt gezien is de behoefte aan bijv. huisartsenzorg in het algemeen lokaal.

Er zijn ook vormen van zorg waarvoor de geografische markt waarschijnlijk groter is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als spoedeisendheid van de dienstverlening minder van belang is of als men een bepaalde zorgverlener minder frequent moet opzoeken of als het om zeer specialistische zorg gaat waarbij de kwaliteit van de dienstverlening van groter belang is dan de reistijd. Voor sommige vormen van zorgverlening zal de relevante geografische markt zelfs groter zijn dan Nederland.

De NMa is er tot nog toe van uit gegaan dat de relevante geografische markt voor het aanbieden van ziektekostenverzekeringen (ziekenfonds of particulier) landelijk is.

Overgangsbepaling (artikel 16 Mw)

Bij de totstandkoming van de Mededingingswet is uitvoerig discussie geweest over de plaats van zogenoemde “niet (primaire) economische belangen” in het regime van deze wet. Daarbij werd met name gedoeld op de gezondheidszorg. De toenmalige minister van Economische Zaken vond het niet wenselijk in de Mededingingswet zelf een algemene vrijstelling

op te nemen voor sectoren die primair (andere) maatschappelijke belangen dienen, waaronder de zorgsector. Wel is in de wet een overgangsbepaling opgenomen (artikel 16), op grond waarvan overeenkomsten en onderlinge afspraken die onderworpen zijn aan goedkeuring van een (ander) bestuursorgaan of die tot stand zijn gekomen ingevolge een andere wet voor een periode van vijf jaar zijn vrijgesteld van toepassing. Dit artikel zou op 1 januari 2003 uit de wet verdwijnen. Op die datum zou – zo had de regering toegezegd – in kaart zijn gebracht waar de Mededingingswet strijdig is met andere wetgeving en welke afweging dan zou worden gemaakt. Het is echter niet gelukt deze afbakening binnen de gestelde termijn te voltooien. Het leek er op dat artikel 16 daarom voorlopig gehandhaafd zou worden, maar het voorstel hiertoe was gekoppeld aan het wetsvoorstel tot verzelfstandiging van de NMa. Aangezien dat wetsvoorstel de eindstreep niet heeft gehaald, is ook het betreffende amendement van tafel verdwenen. Artikel 16 is dan ook met ingang van 1 januari 2003 vervallen.

Handhaving

De NMa is belast met de handhaving van de Mededingingswet. De NMa kan daartoe boetes of dwangsommen opleggen, doch verdergaande bevoegdheden heeft ze niet. Zo kan de NMa bijvoorbeeld niet een onderneming met een dominante marktpositie bevelen te splitsen, zoals dat in het Amerikaanse mededingingsrecht wel mogelijk is. De NMa kan evenmin actief sturen in de prijsvorming; ze kan alleen het bedingen van te hoge (aanbieders) of te lage (verzekeraars) prijzen verbieden wanneer de betreffende onderneming(en) een economische machtspositie innemen.

Overigens kunnen besluiten van de NMa ter beoordeling worden voorgelegd aan de nationale rechter (die op zijn beurt een prejudiciële beslissing kan vragen aan het EG Hof van Justitie).

3 Verhouding tot het Europese mededingingsrecht

Zoals eerder gesteld is de Mededingingswet sterk geënt op het Europese mededingingsrecht, zoals neergelegd in het EG-verdrag. Dat is ook uitdrukkelijk de bedoeling geweest van de wetgever. Toch zijn er wel verschillen tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht; de belangrijkste zijn de volgende:

Mededingingsregels in de medisch specialistische zorg

Schaal waarop concurrentiebeperkend effect optreedt

Afspraken en onderling afgestemd gedrag worden in strijd geacht met het Europese mededingingsrecht wanneer ze de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Om die reden is de betekenis van de Europese mededingingsregels voorsnog beperkt: de meeste afspraken in de zorg zullen slechts binnen Nederland effect sorteren en daarmee niet of nauwelijks de handel tussen de lidstaten beïnvloeden. Daar staat tegenover dat ook overeenkomsten die zich beperken tot het grondgebied van één lidstaat de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden als gevolg van het drempel-effect, waarmee wordt bedoeld dat de overeenkomst het optreden of binnendringen van buitenlandse marktpartijen bemoeilijkt. Een drempel-effect wordt soms reeds aangenomen op grond van de enkele omstandigheid dat het gaat om een overeenkomst die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt.

Toezichthouder

Als het gaat om de vraag of afspraken, overeenkomsten etc. in overeenstemming zijn met de Europese mededingingsregels is de Europese Commissie het bevoegde orgaan. (Er zijn overigens vergevorderde plannen om deze bevoegdheid over te dragen aan de nationale mededingingsautoriteiten. De NMa is op grond van de Mw reeds bevoegd tot decentrale toepassing van de Europese mededingingsregels, maar dat geldt nog niet voor de nationale mededingingsautoriteiten in andere lidstaten.).

Rangorde ten opzichte van (andere) nationale wetgeving

De Mededingingswet is van een gelijke rangorde als andere nationale wettelijke regelingen. Bij toetsing aan het nationale mededingingsrecht vormen andere wetten derhalve een gegeven waaraan niet te tornen valt. Zo gaat de NMa er van uit dat indien een mededingingsversturende gedraging door een nationale wettelijke regeling wordt voorgeschreven of als wettelijke regelingen ondernemingen de mogelijkheid ontlenen elkaar noemenswaardig te beconcurreren de verboden van de Mw niet van toepassing zijn. De beperking van de mededinging vindt dan namelijk niet haar oorsprong in autonome gedragingen van deze ondernemingen maar in overheidsregels en de toepassing daarvan. De NMa is er tot nu toe van uitgegaan dat dit op dit moment het geval is mbt de concurrentie tussen ziekenhuizen.

Bij toetsing aan het Europese recht ligt dat anders. Het EG-verdrag is van hogere rangorde dan nationale wetten. Dit betekent dat bij conflicten tussen nationaal en Europees recht het laatste voorgaat. Maar er is meer: op grond van haar hogere rangorde bevat het EG-verdrag bovendien geboden en verboden die gericht zijn tot de (overheden van) lidstaten zelf en die hen (kunnen) beperken in hun vrijheid om wettelijke regels van een bepaalde strekking uit te vaardigen. Zo legt artikel 5 van het EG-verdrag de lidstaten op zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG verdrag in gevaar kunnen brengen, waaronder het volgens artikel 3 (aanhef en onder g) beoogde regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Op grond hiervan mogen de lidstaten geen (o.a. bestuursrechtelijke) maatregelen nemen die het nuttig effect van de mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dat is bijv. het geval als een lidstaat door middel van zijn wetgeving het tot stand komen van mededingingsbeperkende afspraken oplegt of begunstigt. Op grond hiervan kan gesteld worden dat het Europese recht de lidstaten slechts tot op zekere hoogte vrijlaat om wettelijke maatregelen te treffen die de mededinging in de gezondheidszorg beperken.

4 Uitzonderingen op het kartelverbod

Hoewel de verboden in de Mededingingswet in absolute termen zijn gesteld, betekent dit niet dat elke vorm van samenwerking of afstemming in de zorg onmogelijk is. De wet kent verschillende uitzonderingen:

Geen merkbare beperking van de mededinging

Afspraken vallen uitsluitend onder het kartelverbod, wanneer ze een merkbare beperking van de mededinging tot gevolg (kunnen) hebben. Dit betekent dat de volgende afspraken/overeenkomsten in beginsel niet verboden zijn:

- Bagatelovereenkomsten d.w.z. overeenkomsten waarbij niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn en waarvan de gezamenlijke omzet niet hoger is dan E 908.000.
- Afspraken binnen één onderneming. Een onderneming is een economische eenheid, die uit meerdere natuurlijke of rechtspersonen kan bestaan.
- Afspraken tussen niet-concurrenten, zoals bijvoorbeeld samenwerking tussen zorgverleners uit verschillende disciplines in een gezondheidscentrum.

- Afspraken om via objectieve en transparante criteria het kwaliteitsniveau te bevorderen, zoals bijvoorbeeld vastgelegd in standaarden en protocollen, nascholing, intercollegiale toetsing.
Als overeenkomsten over kwaliteit echter gekoppeld worden aan andere overeenkomsten die niet direct met kwaliteit samenhangen, moeten deze aanvullende afspraken apart op hun verenigbaarheid met het kartelverbod worden getoetst. Stel bijv. dat de NVZ een kwaliteitsnorm heeft opgesteld waarin de leden hebben vastgelegd wat volgens hen verantwoorde kwaliteit van zorg is. Deze norm heeft onder meer betrekking op organisatorische aspecten die de kwaliteit moeten waarborgen en bepaalt daartoe dat de ziekenhuizen geen gebruik maken van laboratoria die buiten het ziekenhuis gevestigd zijn. Deze bepaling houdt geen rechtstreeks verband met de bevordering van kwaliteit, omdat hierin geen objectieve (kwaliteits-)criteria zijn vastgelegd, maar op voorhand bepaalde laboratoriumdiensten worden uitgeschakeld.
- Afspraken om zorg te leveren die niet individueel uitvoerbaar is, zoals het uitwisselen van patiëntendossiers en elektronisch receptenverkeer
- Samenwerking op administratief gebied zoals boekhouding en gemeenschappelijke incasso (mits de samenwerking zich beperkt tot de administratieve verwerking van de bedrijfsactiviteiten en de beslissingen ten aanzien van die activiteiten zelf niet beïnvloedt).
- Het gezamenlijk opstellen van calculatieschema's waarin wordt opgenomen welke posten van belang zijn bij het berekenen van tarieven (de tariefstructuur). Overigens mogen ondernemingen niet met elkaar afspreken dat zij alle in het schema opgenomen posten ook daadwerkelijk aan afnemers doorberekenen. Ook mogen ze niet aangeven welke bedragen of percentages voor deze posten moeten worden berekend, omdat dit zou (kunnen) leiden tot een uniformering van het prijsgedrag.
- Erkenningsregelingen zoals kwaliteitsregisters, certificeringsregelingen en kwaliteitsregelingen die deel uitmaken van statuten of lidmaatschapscriteria van een beroepsvereniging.

Ontheffingen

Verder is van belang dat afspraken die de mededinging kunnen beperken onder bepaalde omstandigheden in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing van het kartelverbod.

Overeenkomsten die daarvoor in aanmerking komen moeten aan de volgende criteria (cumulatief) voldoen:

1. De afspraak moet bijdragen tot verbetering van de productie of distributie, dan wel een technische of economische vooruitgang opleveren.
2. De voordelen die voortvloeien uit de afspraken moeten voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers.
3. De concurrentie mag niet verder worden beperkt dan strikt noodzakelijk is.
4. Er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven.

Om voor een ontheffing in aanmerking te komen moet de onderneming zelf daartoe een verzoek indienen bij de NMa.

Groepsvrijstellingen

Groepsvrijstellingen geven aan onder welke voorwaarden bepaalde categorieën van vaak voorkomende afspraken aan de voorwaarden voor ontheffing voldoen. Van de mogelijkheid tot het verlenen van groepsvrijstellingen is inmiddels vooral in Europees verband ruimschoots gebruik gemaakt. De Europese vrijstellingen werken rechtstreeks door in het Nederlandse mededingingsrecht.

Voor de zorgsector zijn vooral de volgende groepsvrijstellingen relevant:

De vrijstelling voor combinatieovereenkomsten

Er is sprake van een combinatieovereenkomst als zorgverleners gezamenlijk een project uitvoeren dat individueel niet uitvoerbaar is. Een voorbeeld is gezamenlijke waarneming. Gezamenlijke waarneming is noodzakelijk om de continuïteit in de zorgverlening te waarborgen, omdat niet van een individuele zorgverlener verwacht kan worden dat hij/zij 24 uur lang elke dag van de week voor patiënten beschikbaar is. In feite bieden de ondernemers gezamenlijk het product acute zorg tijdens avond, nacht en weekeinde aan. Zorgverleners die gezamenlijk de waarneming organiseren mogen doorgaans ook collectief met de zorgverzekeraars onderhandelen over voorwaarden en tarieven voor de waarneming. De waarnemingsregeling mag evenwel niet als instrument worden misbruikt om tot uitsluiting van concurrenten te komen. Deelname aan een centrale waarnemingsregeling kan namelijk een voorwaarde zijn voor een medewerkersovereenkomst met een ziekenfonds.

Dus moet in beginsel ook iedere zorgverlener toegelaten kunnen worden.

De vrijstelling voor specialisatieovereenkomsten

Van een dergelijke overeenkomst is bijvoorbeeld sprake als een groep tandartsen zeer hoogwaardige zorg wil verlenen met inzet van de modernste apparatuur en met de mogelijkheid om ontwikkelingen op het vakgebied goed bij te houden en ook toe te passen. Zij komen tot de conclusie dat dit het beste in groepsverband mogelijk is. Ze investeren in een gezamenlijke praktijkruimte en inboedel, apparatuur en ICT en werven gezamenlijk ondersteunend personeel. Om een extra prikkel tot goede praktijkvoering in te bouwen besluiten zij om voor een deel ook het financiële risico te delen; ze blijven wel zelfstandige ondernemingen. Ze onderhandelen collectief met de ziekenfondsen en maken gezamenlijk productieafspraken. Dit is toegestaan, mits het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen niet hoger is dan 20%. Is het marktaandeel groter dan 20% dan kan de NMa een ontheffing verlenen als het samenwerkingsverband economische voordelen heeft die ook de consumenten ten goede komen en de concurrentie niet volledig uitgeschakeld wordt.

De vrijstelling voor verticale overeenkomsten

Verticale overeenkomsten worden gesloten door ondernemingen die in verschillende schakels van de bedrijfskolom actief zijn. De vrijstelling betreft overeenkomsten die handelen over de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Voorbeeld hiervan is een afnamecontract tussen een producent van hulpmiddelen en een apotheek waarin eveneens is vastgelegd dat de apotheek 90% van haar hulpmiddelen van deze producent moet betrekken. In ruil voor deze verplichting krijgt de apotheek een extra korting. Deze afspraak is een niet concurrentiebeding in de zin van de Europese groepsvrijstelling. Als ook is voldaan aan de overige voorwaarden van de groepsvrijstelling – namelijk dat de duur van het niet concurrentiebeding minder dan 5 jaar is en het marktaandeel van de producent lager dan 30% is – is de overeenkomst vrijgesteld van het kartelverbod.

Vervullen van bijzondere taken

Tenslotte is in de mededingingsregels nog voorzien in een uitzondering op het kartelverbod in verband met het vervullen van bijzondere taken. Overeenkomsten zijn uitgezonderd van het kartelverbod wanneer ze worden gesloten door een onder-

neming die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van ‘diensten van algemeen economisch belang’. Zo heeft het Europese Hof van Justitie bijvoorbeeld bepaald dat EHBO-organisaties in Duitsland zijn belast met een taak van algemeen economisch belang, bestaande in de verplichting dag en nacht in het gehele betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting. Overigens geldt deze uitzondering alleen voor zover de toepassing van het kartelverbod de vervulling van deze bijzondere taak zou verhinderen.

5 Het huidige stelsel en het mededingingsrecht

Uit het geschetste kader komt naar voren dat samenwerking en mededinging in de zorg elkaar niet uitsluiten. Het beeld is genuanceerder dan de zwart-wit voorstelling die ervan gemaakt wordt. Dit neemt niet weg dat bepaalde afspraken vrijwel altijd in strijd worden geacht met de Mededingingswet; dit geldt met name voor afspraken over prijs en marktverdeling.

Prijsafspraken

In het huidige stelsel hebben ziekenhuizen geen mogelijkheid om afspraken te maken over de prijs; de vrijheid van partijen bij het sluiten van tariefovereenkomsten wordt immers de facto beperkt door de beleidsregels die het CTG op grond van de WTG heeft vastgesteld. Wanneer partijen een tarief overeen zouden komen waarmee de in beleidsregels neergelegde maatstaven worden overschreden dan zal het tarief niet worden goedgekeurd. Van een tariefovereenkomst waardoor de mededinging wordt beperkt kan dan ook slechts sprake zijn binnen de marge die de beleidsregel daarvoor laat. Voor ziekenhuiszorg ontbreekt die marge.

Hoewel de beleidsregels veelal tot stand komen op basis van overeenkomsten tussen de representatieve organisaties van zorgaanbieders en zorgverzekeraars - en er in strikte zin dus sprake is van overeenkomsten tussen ondernemersverenigingen - viel dit collectieve overleg tot nog toe onder artikel 16 van de Mw. Het vervallen van dit artikel met ingang van 1 januari 2003 heeft overigens als zodanig geen consequenties voor dit overleg, voor zover het is te beschouwen als een stap

in de procedure van totstandkoming van een besluit van het CTG. De wet (WTG) schrijft deze procedure immers voor. De beperking van de mededinging vloeit hier dus voort uit van overheidswege vastgestelde regels en niet uit het autonome gedrag van partijen.

Een andere situatie doet zich voor bij vrije beroepsbeoefenaren: weliswaar schrijft het wettelijk stelsel daarvoor landelijk uniforme maximumtarieven voor, maar datzelfde stelsel laat wel mededinging toe beneden het niveau van het maximumtarief. Voor overeenkomsten tussen hulpverleners of besluiten van representatieve organisaties die ertoe strekken over de gehele linie slechts toepassing te geven aan het maximumtarief ontbreekt een wettelijke grondslag; ze leveren dan ook zonder twijfel een ontoelaatbare beperking van de mededinging op (hetgeen de NMa ook onomwonden heeft gesteld in zijn Besluit inzake de LHV; zie paragraaf 6).

Marktverdelingsafspraken

Zorgverzekeraars maken collectieve afspraken met de zorgaanbieders over de productie. Deze afspraken zijn te duiden als marktverdelingsafspraken. Voor deze afspraken geldt evenwel niet een vrijstelling van het kartelverbod, omdat hiervoor geen aanwijsbare wettelijke grondslag bestaat. Dit verdient enige toelichting.

Het naturakarakter van de sociale ziektekostenverzekeringen brengt met zich mee dat zorgverzekeraars zogenoemde medewerkerovereenkomsten sluiten met personen en instellingen, teneinde aan hun verplichtingen jegens verzekerden te kunnen voldoen. De totstandkoming van deze overeenkomsten vindt in wezen in twee etappes plaats: een deel wordt geregeld tussen koepelorganisaties op landelijk niveau, het resterende deel wordt op lokaal niveau vastgesteld.

Op grond van de Ziekenfondswet moet omtrent de inhoud van overeenkomsten overleg gepleegd worden tussen de betrokken organisaties van ziekenfondsen en van personen en instellingen. Als dit overleg tot overeenstemming leidt wordt de uitkomst daarvan (UvO) ter goedkeuring voorgelegd aan het College voor zorgverzekeringen (Cvz); als geen overeenstemming wordt bereikt stelt het Cvz een modelovereenkomst vast. De vervolgens te sluiten individuele overeenkomsten moeten op grond van de Ziekenfondswet overeenstemmen met een goedgekeurde UvO of modelovereenkomst.

De procedure die leidt tot een Uitkomst van Overleg is voorgeschreven bij wet, terwijl bovendien het onderhandlingsresultaat onderworpen is aan goedkeuring van een bestuursorgaan (Cvz). Het collectief overleg dat in dit kader plaatsvindt viel derhalve onder de reikwijdte van artikel 16 Mw. Het vervallen van dit artikel brengt evenwel niet met zich mee dat dit collectieve overleg thans verboden is. Ook hier geldt dat de beperking van de mededinging zijn oorsprong vindt in van overheidswege vastgestelde regels en niet in het autonome gedrag van de betreffende ondernemingen.

Dit ligt anders voor dat deel van de overeenkomsten dat tot stand komt in het lokaal overleg. In deze praktijk maken zorgverzekeraars gebruik van een machtigingsconstructie voor het sluiten van overeenkomsten ten behoeve van verre verzekeren. Deze constructie bestaat hieruit dat een aantal zorgverzekeraars een andere zorgverzekeraar machtigt om voor hen zorg te contracteren onder dezelfde voorwaarden als welke deze voor zichzelf heeft bedongen (het zogenoemde aanhaken). Voor deze praktijk bestaat geen wettelijke basis. Het aanhaken heeft nimmer de bescherming van artikel 16 genoten en is in feite al sinds de inwerkingtreding van de Mw in strijd met het kartelverbod.

6 Beoogde modernisering en het mededingingsrecht

Hoewel het collectief onderhandelen in het lokale overleg in het huidige stelsel een marktverdelingsafpraak is, grijpt de NMa hierop (vooralsnog) niet in. Als reden hiervoor noemt de NMa het feit dat ziekenhuizen 'van overheidswege de mogelijkheid is ontnomen om met elkaar te concurreren'. Dit impliceert dat vanaf het moment waarop ziekenhuizen wel ruimte krijgen om zich als ondernemers te gedragen een actief ingrijpen van de NMa is te verwachten.

Die ruimte ontstaat wanneer de beoogde wijzigingen in de curatieve zorg – opheffen contracteerplicht en vrijere prijsvorming – hun beslag krijgen. Dan ontstaat een situatie zoals thans reeds het geval is bij vrije beroepsbeoefenaren, zoals huisartsen. Het optreden van de NMa tegen het collectief onderhandelen door huisartsen is in dit opzicht dan ook illustratief voor wat de ziekenhuizen te wachten staat:

Besluit NMa inzake ontheffingsverzoek LHV

Eind maart 1998 dient de LHV een ontheffingsverzoek in bij de NMa, waarin zij onder meer pleit voor vrijstelling voor huisartsen van het kartelverbod. Op 11 april 2001 bepaalt de NMa dat het collectief onderhandelen door organen van de LHV, resulterend in afspraken over de tarieven en de onderlinge verdeling van de markt, in strijd is met de Mw.

Deze beslissing vindt haar oorsprong in het feit dat de wetgever op dit deel van de zorgsector marktwerking heeft ingevoerd. Vanaf 1992 zijn ziekenfondsen niet langer verplicht om iedere zorgverlener te contracteren. Ook is per 1992 het van overheidswege vastgestelde tarief voor de diensten van bepaalde zorgverleners afgeschaft. Ziekenfondsen en zorgverleners zijn nu gebonden aan een maximumtarief. Dat betekent dat zorgverleners onderling moeten concurreren om een contract met een ziekenfonds te krijgen. Hierdoor kunnen ziekenfondsen scherper zorg inkopen hetgeen weer vertaald kan worden in lagere premies. Ondanks deze wetswijzigingen gingen vele marktpartijen door met het onderhandelen, zowel op landelijk als regionaal niveau. Zo werd door de LHV op landelijk niveau afgesproken welk tarief voor alle huisartsen zou gelden. Dit was in de praktijk altijd het maximumtarief. Daarnaast werd op regionaal niveau gezamenlijk bepaald welke huisarts zich waar mocht vestigen en hoeveel patiënten hij maximaal mocht behandelen. Nieuwkomers konden aldus worden buitengesloten.

De NMa verleent de LHV een overgangstermijn om de bij haar aangesloten huisartsen in de gelegenheid te stellen zich voor te bereiden op een nieuw model van onderhandelen.

De LHV stelt bezwaar in tegen dit besluit, en voert onder meer als argument aan dat zij verwacht dat de individuele onderhandelingen de huisartsen veel tijd zullen kosten en dat dit zal leiden tot zwaardere administratieve lasten. De NMa handhaaft evenwel haar oorspronkelijke beslissing. Hierop dienen de kamerleden Van den Akker en Voute-Droste een motie in met het verzoek om onderzoek te doen naar de wenselijkheid van toepassing van de Mw op de praktijk omtrent huisartsenzorg en voor zover nodig de NMa een aanwijzing te geven dat zij de Mw vooralsnog niet toepast op de huisartsensector.

De minister van EZ geeft per brief van 4 april 2002 echter te kennen hiervoor geen aanleiding te zien: zij acht uitstel van de

toepassing van de Mededingingswet op de huisartsenzorg niet in het belang van de patiënt/consument. Bovendien heeft de LHV reeds een jaar uitstel gekregen om zich voor te bereiden op een nieuw model van onderhandelen, terwijl de NMa zich bereid heeft verklaard nogmaals met de LHV het overleg aan te gaan over de wijze waarop door de huisartsen aan de naleving van de wet vorm kan worden gegeven. De NMa ziet als alternatief voor het collectief onderhandelen het uitbesteden van deze activiteiten aan een 'zorgmakelaar'. Deze moet – als hij zorgverleners vertegenwoordigt die concurrenten van elkaar zijn - voor elke zorgverlener apart onderhandelen (zonder informatie-uitwisseling).

Verder geeft de minister aan dat de minister van VWS het Cvz op 14 maart 2002 heeft verzocht om de genoemde knelpunten diepgaand te onderzoeken en oplossingsrichtingen aan te geven. Overigens wil de minister van EZ graag voldoen aan het verzoek van de TK om een onderzoek naar de eventuele problemen die zich voordoen als gevolg van toepassing van de Mw op de praktijk omtrent huisartsenzorg; vanaf het moment waarop huisartsen niet langer collectief mogen onderhandelen zal de NMa dit 'onderzoek' starten.

Is deze NMa-lijn door te trekken naar de ziekenhuiszorg?

Een verschil tussen de huisartsensector en de beoogde modernisering van de curatieve zorg betreft de mogelijkheid van vrije(re) prijsvorming. Voor de huisartsen geldt dat zij beneden een wettelijk vastgesteld maximumtarief kunnen (en moeten) concurreren, terwijl voor de medisch specialistische zorg voortsnog onduidelijk is hoever hun vrijheid in deze zal strekken. Niet duidelijk is wat de 'status' van DBC's zal zijn: wordt deze wettelijk verankerd en zo ja hoe dan? Enkele overwegingen zijn daarbij van belang:

- Wanneer aan de DBC's een prijs/tarief gekoppeld wordt is wettelijke verankering daarvan noodzakelijk. Zonder wettelijke verankering mist een prijs immers bindende kracht, terwijl er bovendien sprake zou zijn van een verboden prijsafspraken voor zover partijen zich (vrijwillig) aan die prijs zouden houden. Verder is van belang wat voor soort prijs dan aan DBC's gehangen wordt; denkbaar is bijv. dat in de wet de mogelijkheid wordt opgenomen om minimum- en maximumtarieven vast te stellen, waartussen concurrentie mogelijk is. Er kan voor gekozen worden deze tarieven tot stand te laten komen in overleg met de representatieve organisaties. De kwetsbaarheid van deze optie is dat (nog) niet duidelijk is hoe deze afspraken

beoordeeld zullen worden na het vervallen van de overgangsbepaling in de Mw. Alternatief zou zijn de betreffende tarieven in de wet zelf op te nemen, maar dat lijkt om verschillende redenen niet aantrekkelijk (inflexibiliteit).

- Een andere mogelijkheid is het hanteren van een uniforme tariefstructuur, gepaard gaande met vrijheid in de bepaling van de hoogte van tarieven. Dat biedt in ieder geval inzicht in de opbouw van prijzen en maakt het derhalve mogelijk prijzen te vergelijken. Een dergelijke uniforme tariefstructuur zou wettelijk kunnen worden voorgeschreven, maar noodzakelijk is dat niet: ze kan ook worden ingevoerd via landelijk geldende overeenkomsten tussen de betrokken representatieve organisaties. Hoewel dit een collectieve afspraak zou zijn, is er geen sprake van strijd met het kartelverbod. Een uniforme tariefstructuur is immers aan te merken als een calculatieschema; de NMa heeft in haar richtsnoeren voor de zorgsector aangegeven dat partijen gezamenlijk calculatieschema's mogen opstellen waarin wordt opgenomen welke posten van belang zijn bij het berekenen van tarieven. Beperkingen zijn er wel: partijen mogen niet met elkaar afspreken dat zij alle in het schema opgenomen posten ook daadwerkelijk aan afnemers berekenen en ze mogen niet aangeven welke bedragen of percentages voor deze posten moeten worden berekend; dat zou immers kunnen leiden tot uniformering van het prijsgedrag.

6 Te verwachten strategisch gedrag van actoren

Verzekeraars

Consequentie van het niet meer collectief mogen onderhandelen over prijs en productie impliceert dat verzekeraars op grote(re) schaal moeten onderhandelen. Al hebben ziekenfondsen traditioneel vooral verzekerden in de regio, zij werken in principe landelijk. Ook al is een volledige dekking, waarbij elke verzekeraar met elke instelling afzonderlijke overeenkomsten sluit, niet noodzakelijk, het netwerk van overeenkomsten zal dan veel dichter en veel meer omvattend moeten worden dan het geval is in het traditionele ziekenfondsstelsel waarin een ziekenfonds hoofdzakelijk met de hulpverleners in de regio contracteert en anderen aanhaken.

Dit kan tot verschillend gedrag leiden:

- Sommige verzekeraars zullen proberen hun marktaandeel te vergroten door te fuseren. Dat stelt hen beter in staat

om met een veelheid van aanbieders te onderhandelen; de transactiekosten zullen relatief lager worden omdat ze deze aan een groter verzekerdenbestand kunnen doorberekenen. Op deze manier kan het kartelverbod omzeild worden. Mogelijk probleem ontstaat wanneer verzekeraars door een fusie een dominante marktpositie dreigen in te nemen; de NMa kan de fusie dan verbieden

- Andere verzekeraars gaan (weer) landelijk werken, door ofwel verre verzekerden af te stoten (de transactiekosten die daarvoor gemaakt moeten worden wegen immers onevenredig zwaar), dan wel voor verre verzekerden af te zien van overeenkomsten en dus voor deze verzekerden een restitutiestelsel te hanteren. Hoewel deze laatste optie zich niet goed verdraagt met (het uitgangspunt van) de ZFW, sluit de ZFW deze mogelijkheid niet geheel uit.
- Gevolg van beide ontwikkelingen is dat de mededinging op de markt voor ziektekostenverzekeringen de facto beperkt wordt; het beperkt de keuzevrijheid voor consumenten/patiënten.
- Om de transactiekosten zoveel mogelijk te beperken zullen verzekeraars daarnaast overgaan tot een systeem van preferred providers; ze gaan selectief contracteren. Dit is op grond van de Mw toegestaan, mits de criteria op grond waarvan aanbieders op de lijst van preferred providers kunnen komen objectief en transparant zijn en de lijst regelmatig wordt herzien. Verzekerden zijn dan aangewezen op deze preferred providers; wanneer zij vrije artskeuze prefereren en zij zich (ook) tot niet gecontracteerde zorgverleners willen wenden, zullen zij evt. verschillen in prijs zelf moeten betalen.

Consequentie lijkt hoe dan ook te zijn dat het naturastelsel steeds meer onder druk komt te staan en plaats maakt voor een restitutiestelsel. Deze tendens wordt nog aangewakkerd door de mogelijkheid dat geen overeenkomst tot stand komt, omdat partijen het niet eens worden over de prijs/volume, of dat overeenkomsten niet gecontinueerd worden. Vooral wanneer sprake is van langdurige relaties tussen patiënt en hulpverlener lijkt het niet redelijk te verwachten dat de patiënt van arts verandert louter vanwege het feit dat zijn verzekeraar geen overeenstemming heeft kunnen bereiken met de betreffende hulpverlener.

Aanbieders (ziekenhuizen)

Het afschaffen van de contracteerplicht en de introductie van vrijere prijsvorming betekent dat aanbieders hun gegaran-

deerde positie (en afzet) kwijt raken; op korte termijn zal dat geen effect hebben, omdat ze gezien het beperkte aanbod toch wel gecontracteerd zullen worden, maar op langere termijn kan dat anders liggen.

Ook aanbieders zullen dan de neiging hebben krachten te bundelen om zo hun marktpositie te verstevigen. Ze kunnen dat doen door te fuseren (horizontaal), maar dat lijkt niet (meer) de meest voor de hand liggende weg. Ziekenhuisfusies zijn op zichzelf complex; het gaat om weerbarstige organisaties waarbinnen verschillende – soms tegenstrijdige – belangen-(groepen) bestaan. Bovendien is het politieke en maatschappelijk draagvlak voor dergelijke fusies drastisch afgenomen; de kritische grenzen van schaalgrootte lijken daarmee al bereikt te zijn, zo niet overschreden. Daarom ligt verticale integratie (in de vorm van zorgketens) meer voor de hand. De Mw verzet zich daar niet tegen.

Als de contracteerplicht verdwijnt ontstaat de mogelijkheid voor verzekeraars om niet het totaalpakket van aanbieders te contracteren, maar ‘slechts’ bepaalde zorgproducten. Aanbieders zullen zich hierdoor steeds meer gaan toeleggen op bepaalde diensten/producten, zich specialiseren (branding); dit betekent een verschuiving naar een meer categoriale structuur van de ziekenhuiszorg (overigens dient dan tevens de WZV/WEZ aangepast te worden in die zin dat ziekenhuizen niet langer verplicht zijn alle basisfuncties uit te oefenen)

Omdat de zekerheid van een gegarandeerde afzet verval zal- len ziekenhuizen proberen vaste lasten tot een minimum te beperken. Vele vaste lasten (m.n. infrastructuur) lenen zich daar niet voor. Het lijkt daarom voor de hand te liggen dat ziekenhuizen in die situatie flexibele arbeidscontracten met hun personeel willen sluiten.

Mededingingsregels in de medisch specialistische zorg

Mededingingsregels in de medisch specialistische zorg