

# Samenwerking en mededinging in de zorg

Mevrouw mr. M.W. de Lint

Achtergrondstudie uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg bij het advies Medisch-specialistische zorg in 20/20.

Den Haag, 2011

## Inhoud

<b>1</b>	<b>Samenwerking en mededinging in de zorg: onverenigbare grootheden?</b>	<b>5</b>
1.1	Inleiding	5
1.2	Vraagstelling	6
1.3	Opbouw en leeswijzer	7
<b>2</b>	<b>De meest relevante mededingingsregels</b>	<b>8</b>
2.1	Inleiding	8
2.2	Verbod op misbruik van een economische machtspositie	8
2.3	Het kartelverbod	10
2.4	Sectorspecifiek markttoezicht door de NZa	14
2.5	Conclusies	16
<b>3</b>	<b>Samenwerking tussen zorgaanbieders</b>	<b>17</b>
3.1	Inleiding	17
3.2	Samenwerking in ‘the back office’	17
3.3	Samenwerking in ketenverband	19
3.4	Specialisatie en concentratie van medisch specialistische zorg	23
A.	Samenwerking d.m.v. fusie	24
B.	Specialisatieafspraken tussen ziekenhuizen: Kartelvorming?	35
3.5	Samenwerking tussen medisch specialist en ziekenhuis en tussen medisch specialisten onderling	41
A.	Non-concurrentiebeding in (model) toelatingsovereenkomst	42
B.	Non-concurrentiebeding in maatschapsovereenkomsten.	47
<b>4</b>	<b>Samenwerkingsvormen tussen zorgverzekeraars en tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.</b>	<b>51</b>
4.1	Inleiding	51
4.2	Gezamenlijke minimum volumenormenten	51
4.3	Gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars	51
4.4	Verticale integratie	53
4.5	Conclusies	55
<b>5</b>	<b>Eindconclusies en suggesties voor aanbevelingen aan de Raad</b>	<b>57</b>
5.1	Eindconclusies	57
5.2	Suggesties voor aanbevelingen aan de Raad	58

# 1 Samenwerking en mededinging in de zorg: onverenigbare grootheden?

## 1.1 Inleiding

Met de invoering van het nieuwe zorgstelsel per 1 januari 2006 en met name de introductie van gereguleerde marktwerking in de gezondheidszorg zijn de mededingingsregels onverkort van toepassing op zorgaanbieders en zorgverzekeraars.

De Mededingingswet (Mw), die op 1 januari 1998 in werking is getreden, beoogt een regime van eerlijke concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen te bewerkstelligen, teneinde de keuzevrijheid en keuzemogelijkheden van de consument te waarborgen. De wet verbiedt daartoe beperkingen van de mededinging. Meer in het bijzonder verbiedt de wet misbruik van een economische machtspositie en mededingingsbeperkende afspraken (kartels).

De Mw is primair 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 Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft op grond van deze definitie vastgesteld dat zowel zorgverzekeraars als zorgaanbieders ondernemingen zijn. De Mw is derhalve in beginsel op hen van toepassing.

Bij de totstandkoming van de Mw is nog uitvoerig discussie geweest over de plaats van "niet (primair) economische belangen" in het regime van deze wet. Daarbij werd met name geïmagineerd 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.

De handhaving van de wet is toevertrouwd aan de NMa, die daarbij de lijn volgt die op Europees niveau wordt uitgezet door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie. De NMa beschikt over de bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen bij overtreding van de mededingingsregels.

## 1.2 Vraagstelling

In recente adviezen heeft de RVZ reeds betoogd dat de medisch specialistische zorg zich de komende jaren in twee richtingen verder zal moeten ontwikkelen:

- specialisatie - en concentratie - van complexe(re) zorg enerzijds, en
- deconcentratie van eenvoudiger en meer gestandaardiseerde zorg anderzijds (i.e. substitutie van tweede naar eerste lijn).

Deze visie kan rekenen op een groot draagvlak, zowel in de sector als in de politieke arena. En hoewel er in de sector bewegingen in de gewenste richtingen zijn, ligt het tempo (te) laag. Eén van de (gepercipieerde) belemmeringen is de Mededingingswet en de handhaving daarvan door de NMa.

De gezondheidszorg is een sector, waarin samenwerking tussen zorgaanbieders van oudsher stevig verankerd is. De geschetste ontwikkelingsrichtingen brengen met zich mee dat (nog) intensiever moet worden samengewerkt tussen zorgaanbieders dan nu reeds het geval is. Beide ontwikkelingen impliceren namelijk dat bij het totale zorgproces van één patiënt (nog) meer verschillende zorgverleners zijn betrokken, die ieder een deel van de totale behandeling op zich nemen. Om die zorg goed op elkaar te laten aansluiten en discontinuïteit van zorg te voorkomen, is onderlinge afstemming tussen deze zorgverleners van belang.

Samenwerking in de zorg kan echter de mededinging beperken en dat is juist wat de Mededingingswet beoogt tegen te gaan. De vraag in deze achtergrondstudie is dan ook of samenwerking onder de Mw is toegestaan c.q. onder welke voorwaarden de contracterende partijen in de zorg - zorgaanbieders en zorgverzekeraars - mogen samenwerken.

Gegeven het adviesonderwerp – Medisch-specialistische zorg in 2020 – beperkt deze studie zich in beginsel tot samenwerking binnen en vanuit de medisch specialistische zorg. Samenwerkingsvormen die uitsluitend binnen de (traditionele) eerste en derde lijn voorkomen vallen derhalve buiten het bereik van deze studie.

### 1.3 Opbouw en leeswijzer

De opbouw van deze studie is als volgt:

- Eerst volgt in hoofdstuk twee een schets van de meest relevante algemene mededingingsregels. Deze schets vormt het kader van waaruit samenwerkingsvormen in de zorg worden beoordeeld. Tevens wordt in dit hoofdstuk kort ingegaan op het sectorspecifieke markttoezicht en de wijze waarop zich dit toezicht verhoudt tot het algemene mededingingsrecht.
- Vervolgens worden in hoofdstuk drie verschillende samenwerkingsvormen tussen zorgaanbieders getoetst aan de mededingingsregels. Daarbij wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het onderscheid tussen specialisatie en concentratie enerzijds en deconcentratie anderzijds. Dit hoofdstuk vormt het hart van deze studie. Het is daarom het meest omvangrijk. Omdat het tevens veelvormig is worden de conclusies per paragraaf gegeven.
- In hoofdstuk vier worden vormen van samenwerking tussen zorgverzekeraars onderling en tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders vanuit een mededingingsrechtelijke optiek tegen het licht gehouden.
- Tenslotte wordt in hoofdstuk vijf de onderzoeksvraag beantwoord: is samenwerking tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars toegestaan onder de Mededingingswet en zo ja, onder welke voorwaarden? Welke knelpunten doen zich hierbij voor en hoe zijn deze op te lossen?

## 2 De meest relevante mededingingsregels

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de mededingingsregels die het meest relevant zijn voor het advies over het ziekenhuislandschap 2020 beschreven. Het gaat daarbij primair om de algemene mededingingsregels in de Mededingingswet. Achtereenvolgens komen het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het kartelverbod aan de orde. Daarnaast wordt kort aandacht besteed aan de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). Met deze wet heeft Nederland voor de zorgsector een sectorspecifiek markttoezicht ingevoerd dat aanvullend op het algemene nationale en Europese mededingingsrecht geldt.

### 2.2 Verbod op misbruik van een economische machtspositie

De Mededingingswet verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van een economische machtspositie. 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. Een belangrijk criterium voor het vaststellen van het bestaan van een economische machtspositie is 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 (zgn. koppelverkoop).

Hoewel het innemen van een economische machtspositie als zodanig niet verboden is ('slechts' het misbruik) 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 omzeldrempels te boven gaan, gemeld moeten worden bij de NMa en niet tot stand mogen worden gebracht voordat de Nma de concentratie heeft beoordeeld.

### **Het begrip 'concentratie' in de Mw**

Van een concentratie is volgens de Mw sprake indien:

- twee of meer voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen fuseren;
- één of meer natuurlijke of rechtspersonen, die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming hebben, (in)direct zeggenschap<sup>1</sup> verkrijgen over één of meer andere ondernemingen, bijvoorbeeld door middel van een personele unie of door middel van participatie in het kapitaal of van vermogensbestanddelen;
- een gemeenschappelijke onderneming tot stand wordt gebracht, die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien twee ziekenhuizen gezamenlijk een joint venture oprichten, waarin zij een rugpijnpoli exploiteren.

Kortom: als twee of meer voorheen zelfstandige ondernemingen gezamenlijk een nieuwe juridische entiteit - en dus contractpartij - vormen.

Dit begrip wijkt af van de term concentratie zoals die verder in deze studie gehanteerd wordt wanneer gesproken wordt over specialisatie en concentratie van complexe(re) zorg. Bij dit laatste gaat het om het samenvoegen van zorgaanbod dat tevoren door meerdere verschillende zorgaanbieders werd geleverd. Dit hoeft niet gepaard te gaan met een juridische smelting van voorheen zelfstandige ondernemingen of de oprichting van een nieuwe rechtspersoon. Het gaat hierbij

---

<sup>1</sup> Onder zeggenschap wordt in de Mw verstaan de mogelijkheid om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming.

veeleer om de verdeling van functies, d.w.z. onderdelen van de totale bedrijfsvoering.

### 2.3 Het kartelverbod

De Mededingingswet verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen 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. Dergelijke overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.

Van sommige afspraken staat vast dat zij tot doel hebben de concurrentie te beperken. Deze afspraken vallen derhalve vrijwel altijd onder het kartelverbod. Het betreft met name prijsafspraken en marktverdelingsafspraken. Wanneer bijvoorbeeld alle verloskundigen in een bepaalde regio met elkaar hebben afgesproken dat een aantal van hen namens hen allen zal onderhandelen met de zorgverzekeraars en dat zij daarbij honorering tegen het door de NZa vastgestelde maximumtarief zullen bedingen is er sprake van een in beginsel verboden prijsafpraak.

In de volgende situatie is sprake van een verboden marktverdelingsafpraak: Vertegenwoordigers van een zorgverzekeraar en van de door haar gecontracteerde psychologen vormen een commissie van overleg. Deze commissie toetst verzoeken tot vestiging van nieuwe praktijken aan bepaalde criteria en adviseert de zorgverzekeraar over de vraag of hij met de nieuwkomer een contract moet sluiten. Afgesproken is dat de zorgverzekeraar het advies van de commissie zal opvolgen. Nieuwkomers zijn door dit systeem afhankelijk van de goedkeuring van hun concurrenten. De psychologen verdelen de markt onderling.



## Uitzonderingen op het kartelverbod

De wet kent verschillende uitzonderingen op het kartelverbod.

### *Bagatelafspraken*

Samenwerkingsafspraken vallen uitsluitend onder het kartelverbod, wanneer ze een *merkbare beperking van de mededinging* tot gevolg (kunnen) hebben. Dit betekent dat zogenaamde bagateloovereenkomsten niet verboden zijn. Zo is er sprake van een bagateloovereenkomst wanneer bij een overeenkomst niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn en hun gezamenlijke omzet niet hoger is dan 1.100.000 Euro wanneer het ondernemingen betreft die voornamelijk diensten (i.p.v. goederen) leveren.

Afspraken tussen zorgaanbieders die louter kwaliteitsissues betreffen, zoals vastgelegd in standaarden en protocollen, nascholing etc. leveren eveneens in het algemeen geen merkbare concurrentiebeperking op. Ook samenwerking tussen zorgverleners op administratief gebied hoeft niet van invloed te zijn op het aanbod van diensten van de samenwerkende ondernemingen, als de samenwerking zich beperkt tot de administratieve verwerking van de bedrijfsactiviteiten en de beslissingen ten aanzien van de activiteiten zelf niet beïnvloedt.

Weer een andere verschijningsvorm is samenwerking tussen ondernemingen die weliswaar op hetzelfde niveau van de markt werkzaam zijn, maar geen concurrenten van elkaar zijn. Hierdoor kan in beginsel geen coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen op de markt teweeg gebracht worden. Dit geldt bijv. voor het oprichten van samenwerkingsverbanden, zoals gezondheidscentra, door zorgverleners uit verschillende disciplines.

### *Individuele vrijstelling*

Verder is van belang dat afspraken die de mededinging kunnen beperken onder bepaalde omstandigheden zijn vrijgesteld van het kartelverbod. Overeenkomsten die daarvoor in aanmerking komen moeten aan de volgende (cumulatieve) criteria voldoen:

- de afspraak moet bijdragen tot verbetering van de productie of distributie, dan wel een technische of economische vooruitgang opleveren
- de voordelen die voortvloeien uit de afspraken moeten

- voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers
  - de concurrentie mag niet verder worden beperkt dan strikt noodzakelijk is
  - er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven.
- De bij de overeenkomst betrokken ondernemingen moeten zelf beoordelen of de overeenkomst aan deze criteria voldoet.

#### *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 Commissie heeft groepsvrijstellingen op basis van het Europese mededingingsrecht vastgesteld, die rechtstreeks doorwerken in het Nederlandse recht. In dit verband zijn vooral relevant:

- De groepsvrijstelling voor *specialisatieovereenkomsten*. Bijv. twee thuiszorgaanbieders in dezelfde gemeente komen overeen dat zij zich ieder gaan specialiseren; de ene aanbieder in wondverzorging en de andere in palliatieve zorg. Zij spreken af deze diensten over en weer van elkaar af te nemen, zodat ze beide zowel diensten op het gebied van wondverzorging als op het gebied van palliatieve zorg kunnen leveren. Dit is toegestaan, mits het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen niet hoger is dan 20%. Daarnaast mag de overeenkomst geen bepalingen bevatten omtrent het vaststellen van verkoopprijzen, een beperking van de verkoop of de productie of de toewijzing van markten of cliënten.

In de praktijk zal echter zelden een beroep kunnen worden gedaan op deze groepsvrijstelling, omdat het bij specialisatieovereenkomsten tussen concurrenten in de zorgsector vaak voorkomt dat één of meer van de betrokken ondernemingen zich helemaal terugtrekken uit de markt. Zij bieden de dienst waarop zij zich niet specialiseren in het geheel niet meer aan. Dit is uitdrukkelijk niet de bedoeling van deze groepsvrijstelling. (zie Richtsnoeren voor de zorgsector, maart 2010, nr. 211, blz. 64)

- De groepsvrijstelling 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.

- De groepsvrijstelling voor *onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten*. Deze vrijstelling is van toepassing als concurrerende ondernemingen overeenkomen om gezamenlijk te werken aan onderzoek en ontwikkeling van nieuwe producten. Ook kunnen ondernemingen afspraken maken over de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van onderzoek en ontwikkeling. Een voorbeeld: een aantal fysiotherapeuten ontwikkelt gezamenlijk een programma voor preventie van gezondheidsklachten. Ze hebben gezamenlijk een marktaandeel van 20 procent. De betrokken fysiotherapeuten onderhandelen allen onafhankelijk van elkaar met de verzekeraar over de prijs voor het product. Wel spreken ze voor de komende drie jaren af wie het preventieprogramma in welk postcodegebied actief in de markt zal zetten. Cliënten zijn wel vrij om voor een andere aanbieder uit het samenwerkingsverband te kiezen. Alle aan het programma deelnemende zorgaanbieders worden aan cliënten bekendgemaakt. Deze overeenkomst is toegestaan omdat het gezamenlijke marktaandeel onder de grens van 25% blijft. Ook aan de overige voorwaarden voor vrijstelling is voldaan. Er wordt onafhankelijk onderhandeld met de zorgverzekeraar en er is geen beperking afgesproken ten aanzien van de passieve verkoop; cliënten die een andere aanbieder benaderen dan degene die in het betreffende gebied werft worden niet doorverwezen naar deze aanbieder. De actieve verkoop mag voor een periode van maximaal zeven jaar worden beperkt. Ook daar blijven de fysiotherapeuten onder.

*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 onderneming die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van ‘diensten van algemeen economisch belang’. Deze uitzondering geldt alleen voor zover de toepassing van het kartelverbod de vervulling van deze bijzondere taak zou verhinderen.

Zo heeft het Europese Hof van Justitie 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.

## 2.4 Sectorspecifiek markttoezicht door de NZa

De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) regelt de ontwikkeling, ordening en het toezicht op de markten voor gezondheidszorg. Doel van de wet is een doelmatig en doeltreffend zorgstelsel, het beheersen van kosten in de zorg en de bescherming en bevordering van de positie van de consument.

De Wmg regelt verder de instelling van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). De NZa is op basis van de Wmg onder meer belast met het markttoezicht op de zorgverlenings-, zorgverzekerings- en zorginkoopmarkten. Dit omvat zowel het maken, bewaken als reguleren van markten. Regulering vindt plaats door het vaststellen van tarieven en prestaties of het opleggen van verplichtingen aan partijen met ‘aanmerkelijke marktmacht’. Verder valt hieronder het bevorderen van de transparantie van markten en het beschikbaar komen van keuze-informatie voor consumenten.

Met de Wmg heeft Nederland voor de zorgsector een sector-specifiek markttoezicht ingevoerd dat aanvullend is op het algemene nationale en Europese mededingingsrecht. Het AMM-begrip in de Wmg is expliciet geënt op het begrip economische machtspositie (EMP) uit het algemene mededingingsrecht zoals dit geldt op basis van de Mededingingswet (Mw) en het EG Verdrag.

Het AMM-begrip is al sinds 1998 bekend uit de telecomsector, waarvoor een apart Europees toetsingskader is ontwikkeld. In de zorg ontbreekt een dergelijk kader, zodat de NZa zelf bepaalt op welke wijze zij haar AMM-bevoegdheden toepast, met dien verstande dat zij zich bij het afbakenen van de markt moet houden aan de beginselen van het algemene mededingingsrecht en dat zij zich moet richten naar de uitleg van begrippen zoals de NMa die hanteert.

### **Verschillen tussen AMM en het algemene mededingingsrecht**

Een belangrijk verschil tussen het algemene mededingingsinstrumentarium en het sectorspecifieke markttoezicht is dat het toezicht van de NMa gericht is op het achteraf (ex post) tegengaan van misbruik van een economische machtspositie teneinde concurrentie in stand te houden, terwijl het toezicht van de NZa gericht is op het vooraf (ex ante) voorkómen dat door een aanmerkelijke machtspositie concurrentie niet op gang kan komen. In essentie komt dit verschil erop neer dat de Mw ertoe strekt de mededinging – zoals die in een bestaande marktsituatie is – te beschermen, terwijl de Wmg tot doel heeft de mededinging te bevorderen. Om die reden wordt de NZa ook wel ‘marktmeester’ genoemd.

Dit verschil in de aard van het toezicht komt tot uitdrukking in een verschil in bevoegdheden. Zo is de NZa bevoegd tot het opleggen van specifieke verplichtingen die moeten voorkomen dat de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op Nederlandse zorgmarkten of een deel daarvan wordt belemmerd, terwijl de NMa bevoegd is tot het opleggen van een boete of last onder dwangsom aan ondernemingen die misbruik maken van een economische machtspositie.

### **Samenloop AMM met het algemene mededingingsrecht**

Ondanks deze verschillen kan er sprake zijn van een samenloop van het algemene en sectorspecifieke toezicht. Daarom voorziet de Wmg (in artikel 18) in een uitgebreide voorrangregel voor het AMM-instrument ten opzichte van het algemene mededingingsrecht. Zo wordt bij (mogelijke) samenloop bevorderd dat belanghebbenden zich eerst wenden tot de NZa, zodat de NZa zo mogelijk eerst haar bevoegdheden op grond van de Wmg toepast, voordat de NMa de Mw toepast. Hierop kan overigens wel een uitzondering worden gemaakt indien NZa en NMa gezamenlijk tot de slotsom komen dat optreden door de NMa effectiever is.

De samenwerking tussen NZa en de NMa is conform artikel 17 Wmg nader vastgelegd in een samenwerkingsprotocol waarbij is afgesproken dat de NMa in AMM-zaken aan de NZa zienswijzen kan afgeven. Omgekeerd is afgesproken dat de NZa zienswijzen kan afgeven in het geval van fusiezaken in de zorgsector, waarbij de beoordeling uitsluitend bij de NMa ligt.

## 2.5 Conclusies

De meest relevante algemene mededingingsregels zijn het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (kartels). Het toezicht op naleving van deze regels wordt uitgevoerd door de NMa.

In aanvulling op deze algemene mededingingsregels is met de inwerkingtreding van de Wmg in 2006 voor de zorgsector specifiek markttoezicht ingevoerd. In dit kader beschikt de NZa over de bevoegdheid om (ex ante) op te treden tegen partijen in de zorg die over aanmerkelijke marktmacht (c.q. een economische machtspositie) beschikken.

De bevoegdheden van de NMa en van de NZa kunnen elkaar overlappen. In dat geval prevaleert de bevoegdheid van de NZa.

In het vervolg van deze studie staat de toepassing van de algemene mededingingsregels op de medisch specialistische zorg door de NMa centraal. Uitsluitend daar waar relevant wordt ingegaan op het sectorspecifieke markttoezicht door de NZa.

## 3 Samenwerking tussen zorgaanbieders

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden verschillende samenwerkingsvormen tussen zorgaanbieders tegen het licht gehouden. Het gaat hierbij vooral om die vormen van samenwerking die van belang zijn voor de verdere ontwikkeling van concentratie en spreiding van medisch specialistische zorg.

Dit betekent dat slechts kort wordt ingegaan op samenwerking tussen zorgaanbieders op het gebied van inkoop van productiemateriaal, administratieve processen, logistiek en ICT (back office). De aandacht gaat vooral uit naar samenwerking in the front office, d.w.z. samenwerking in het primaire proces. Dit betreft de dienstverlening waarmee zorgaanbieders in het nieuwe stelsel worden geacht met elkaar te concurreren. De centrale vraag hierbij is onder welke voorwaarden de Mededingingswet deze vormen van samenwerking toestaat.

### 3.2 Samenwerking in 'the back office'

Binnen deze categorie is een nader onderscheid te maken tussen samenwerking in ondersteunende processen en samenwerking op het gebied van informatie-uitwisseling. Dit onderscheid is relevant, omdat het verschillende mededingingsrechtelijke consequenties kan hebben.

#### **Samenwerking in ondersteunende processen**

Mede ingegeven door financiële noodzaak zoeken zorgaanbieders in toenemende mate naar mogelijkheden tot samenwerking op het gebied van inkoop van productiematerialen, administratieve processen, ICT en logistiek.

Enkele concrete voorbeelden<sup>2</sup> hiervan zijn de volgende:

- Haga Ziekenhuis (Den Haag), Reinier de Graaf (Delft) en Sint Franciscus Gasthuis (Rotterdam) doen samen inkoop en logistiek.
- Adriaan de Ruyter Ziekenhuis (Zeeland) werkt samen met de MC Groep in Lelystad/Emmeloord bij inkoop
- Santeon-groep: zes topklinische ziekenhuizen, verdeeld over het land, werken samen op het gebied van ICT, beheer van gebouwen en inkoop.

Deze vorm van samenwerking betreft niet de core business van ziekenhuizen. Het gaat om samenwerking in ondersteunende processen. Hier zijn niet snel mededingingsrechtelijke problemen te verwachten, omdat het gezamenlijk optrekken van zorgaanbieders op dit vlak geen (merkbaar) effect heeft op de mededinging. Bovendien strekt deze samenwerking er niet toe om de concurrentie te beperken, maar om de kosten te verlagen.

### **Samenwerking op het gebied van informatie-uitwisseling**

Bij samenwerkingsafspraken op het gebied van informatie-uitwisseling zijn evenmin snel problemen met het mededingingsrecht te verwachten, wanneer de informatie betrekking heeft op ondersteunende processen, zoals gezamenlijke salarisadministratie. Dit ligt anders wanneer de informatie de corebusiness van ziekenhuizen raakt. Zo kan een afspraak tussen ziekenhuizen om onderling patiënteninformatie met elkaar uit te wisselen (wellicht onbedoeld) de beslissingen van die ziekenhuizen ten aanzien van de kernactiviteiten zelf beïnvloeden. Dit probleem was met name aan de orde in de zgn. SIGRA-zaak:

### **Ziekenhuiszorg Amsterdam (zaak 6895; 31-12-2010)**

Begin dit jaar deed de NMa invallen bij het AMC en het VUmc vanwege het zgn. postcodebeleid<sup>3</sup>. Daarbij ontstond het vermoeden dat de Amsterdamse ziekenhuizen in het samenwerkingsverband SIGRA concurrentiegevoelige informatie met elkaar deelden. De betrokken instellingen wisselden onder andere informatie over geopende dbc's met elkaar uit. Zo

---

<sup>2</sup> Ontleend aan <http://nos.nl/artikel/230831-initiatieven-tot-samenwerking-van-ziekenhuizen.html>

<sup>3</sup> Hierbij verwijzen ziekenhuizen patiënten die gangbare behandelingen nodig hebben en buiten het eigen postcodegebied wonen door naar een algemeen ziekenhuis in hun eigen buurt.



zouden de ziekenhuizen op basis van de vele gedetailleerde gegevens hun strategische gedrag hebben kunnen coördineren. De ziekenhuizen vroegen een zogeheten toezeggingsbesluit aan bij de NMa. In een dergelijk besluit worden de risico's voor de mededinging uiteen gezet alsmede de maatregelen om deze risico's te elimineren. Hierop zette de NMa het onderzoek naar mogelijke overtredingen van de Mededingingswet stop. Tijdens dit onderzoek heeft de NMa overigens geen overtreding geconstateerd.

De NMa constateerde in haar onderzoek ook dat de SIGRA-ziekenhuizen de kennisachterstand op zorgverzekeraars hebben kunnen inhalen. Eén van de redenen voor de ziekenhuizen om gegevens uit te wisselen, was namelijk om zich niet tegen elkaar te laten uitspelen door de zorgverzekeraars.

De Acht Amsterdamse ziekenhuizen, Ziekenhuis Amstelland in Amstelveen en het Flevoziekenhuis in Almere mogen dus voorlopig doorgaan met onderlinge informatie-uitwisseling. De ziekenhuizen deden de NMa wel de toezegging om geen concurrentiegevoelige informatie meer aan elkaar te verstrekken van minder dan een jaar oud, tenzij dat gebeurt in de vorm van een geanoniseerd marktonderzoek of in de vorm van een benchmark. Daarnaast zullen de ziekenhuizen andere aanbieders van medisch specialistische zorg ook inzage verlenen in de informatie. De NMa is van mening dat deze toezeggingen in voldoende mate de gesignaleerde bezwaren wegnemen.

### **Conclusies**

Samenwerkingsafspraken die puur betrekking hebben op ondersteunende processen zijn niet snel in strijd met het kartelverbod. Wanneer de samenwerking bestaat uit informatie-uitwisseling ligt dit genuanceerder. Het uitwisselen van informatie tussen concurrenten kan mededingingsbevorderend zijn, of wenselijk uit het oogpunt van de kwaliteit van zorg. Maar het kan ook juist tot een beperking van de mededinging leiden. Het is daarom voor de samenwerkende partners van belang om de afspraken te onderzoeken op mogelijk concurrentiebeperkende effecten die ervan uitgaan. Deze hoeven evenwel niet onoverkomelijk te zijn, zo leert de geschetste casus.

### **3.3 Samenwerking in ketenverband**

In het zorgproces van een individuele patiënt zijn meerdere zorgverleners betrokken die ieder verantwoordelijk zijn voor

één schakel in de totale keten. Voor een patiënt is het evenwel belangrijk dat de zorg die de verschillende professionals leveren goed op elkaar is afgestemd. Om de gewenste samenhang te bereiken is samenwerking tussen de verschillende zorgverleners noodzakelijk; alleen op die manier vormen de afzonderlijke en opeenvolgende schakels een vloeiende zorgketen.

Dit inzicht leidt tot de vorming van zgn. zorgketens. Het doel hiervan is een geïntegreerd aanbod aan zorg te kunnen leveren aan de patiënt, ongeacht de wijze waarop de verschillende schakels in het totale zorgproces zijn georganiseerd en worden gefinancierd.

Een typisch voorbeeld van een multidisciplinaire keten is de zorg voor diabetespatiënten in de vorm van zorggroepen. Hierin zijn een huisarts, verpleegkundige, diëtiste en een fysiotherapeut verenigd, die gezamenlijk de zorgverlening aan diabetespatiënten op zich nemen.

De samenwerking tussen de verschillende aanbieders in een keten kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Doorgaans blijven de zorgaanbieders zelfstandige juridische entiteiten (ondernemingen), die d.m.v. een samenwerkingsovereenkomst met elkaar verbonden zijn. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt is dan de vraag aan de orde of hier sprake is van kartelvorming<sup>4</sup>.

In het algemeen zal hier niet snel sprake zijn van een kartel, aangezien de verschillende samenwerkende partners in beginsel niet met elkaar concurreren en de samenwerking de kwaliteit van de zorg verbetert. Een hechte samenwerking tussen de verschillende professionals bevordert immers een soepele overgang van de ene naar de andere fase in het zorgproces. Om die reden is in het Wetsvoorstel Cliëntenrechten Zorg (WCZ) zelfs een afdwingbaar recht voor patiënten op afstemming tussen zorgverleners opgenomen. Voorwaarde is wel dat de ketenvorming niet leidt tot uitsluiting van andere aanbieders. Dit kan aan de orde zijn wanneer het marktaandeel van de samenwerkende partijen groot is; de keten is dan ‘verdikt’.

---

<sup>4</sup> Een andere verschijningsvorm is die waarin de verschillende aanbieders opgaan in één (nieuwe) juridische entiteit. Een voorbeeld hiervan is de Rivas Zorggroep in Gorinchem. In dat geval is het concentratietoezicht van de Mw aan de orde. Zie prg. 3.4 onder a

Dit kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat een exclusiviteits-overeenkomst tussen een ziekenhuis en een thuiszorginstelling ertoe leidt dat andere thuiszorginstellingen niet meer kunnen concurreren om de gunst van de ziekenhuispatiënten.

Samenwerking in ketenverbanden kan dus een vorm van exclusiviteit over en weer inhouden. De samenwerkende zorgaanbieders zullen hun patiënten doorgaans exclusief doorverwijzen naar elkaar. Dit kan er toe leiden dat patiënten als het ware worden 'opgesloten' in de keten. Hoewel dit de keuzevrijheid van patiënten kan beperken, stuit dit doorgaans niet af op mededingingsrechtelijke bezwaren. Het integrale zorgaanbod van de ketenpartners wordt namelijk opgevat als een 'one package deal'.

Het grootste mededingingsrechtelijke risico bij 'niet-horizontale ketens' is dan ook dat concurrenten van bepaalde schakels in de keten van de markt worden uitgesloten.

### **Gooische thuiszorg**

Zo verbood de NMa in 2008 een samenwerking tussen de Gooische zorgaanbieders Hilverzorg, Vivium en Thuiszorg Gooi en Vechtstreek (hierna: TGV). Hilverzorg en Vivium hadden als kernactiviteiten intramurale AWBZ, terwijl TGV voornamelijk actief was op het gebied van thuiszorg (huishoudelijke verzorging thuis, hierna: HV) en persoonlijke verzorging en verpleging (hierna: PV&VP), alle in dezelfde geografische markt. De drie zorginstellingen droegen verschillende zorgactiviteiten aan elkaar over en spraken daarbij onderling af patiënten naar elkaar door te verwijzen. Deze overdracht en verwijzing had volgens partijen onder meer tot doel het aanbieden van wijkgerichte zorg en ketenzorg. Partijen definieerden dit als het aanbieden van een samenhangend en zo volledig mogelijk pakket van zorg. Uitgangspunt van partijen was daarbij de zorg in beginsel op lokaal niveau aan te bieden, tenzij aanbod op regionaal niveau meer aangewezen was (wijkgerichte zorg). De (enkele) regionale functies van Vivium en Hilverzorg werden bij de herordening geschrapt. TGV bleef actief als regionale zorgaanbieder.

De NMa oordeelde dat de betrokken zorginstellingen hiermee niet alleen tot doel hadden wijkgerichte zorg en ketenzorg tot stand te brengen, maar ook het afzonderlijke doel hadden de onderlinge concurrentie voor de HV en PV&VP te beperken. Daarbij werd onder meer overwogen dat indien slechts wijkgerichte zorg en ketenzorg het doel zou zijn, de eenmalige over-

drachten van zorgteams en een beperkte samenwerking tussen TGV en Hilverzorg, dan wel tussen TGV en Vivium voldoende was geweest. Daarbij zou de concurrentie tussen Hilverzorg en Vivium kunnen blijven bestaan. De nauwe samenwerking, waarbij de onderlinge concurrentie tussen de drie betrokken ondernemingen werd uitgeschakeld, althans beperkt, werd door de NMa gezien als een afzonderlijke concurrentiebeperking en een doel op zich.

Deze zaak maakt duidelijk dat ook al streven samenwerkende instellingen goede – integrale – zorgverlening na, dit niet zonder meer alle mededingingsrechtelijke bezwaren opzij zet. In feite was hier sprake van een marktverdelingsafspraken, waarbij de betrokken instellingen elkaar toezegden hun werkgebieden voor langere tijd te respecteren. Dit valt onder het kartelverbod. Het – tevens – nastreven van goede zorgverlening kan daaraan niet het verboden karakter ontnemen.

Bij ketenzorg zal – zoals gezegd - niet al te snel sprake zijn van ontoelaatbaar uitsluitingsgedrag, omdat de samenwerkende partners niet met elkaar concurreren maar juist complementaire diensten leveren. Daar komt bij dat de ene schakel in de keten zijn patiënten niet gemakkelijk contractueel kan dwingen om gebruik te maken van het zorgaanbod van een andere schakel. Maar mochten zowel de mogelijkheid, de strekking of de prikkel tot uitsluiting toch bestaan, dan is het van belang na te gaan of de efficiëntievoordelen van de keten opwegen tegen de nadelen van de (mogelijke) uitsluiting van derden. Dat is immers één van de belangrijkste voorwaarden om in aanmerking te kunnen komen voor een ontheffing van het kartelverbod. Daarvoor is het nodig om de omvang van de efficiëntievoordelen zo goed mogelijk vooraf in kaart te brengen en vervolgens te kwantificeren. Dit is tot nog toe bij bestaande ketenzorgverbanden in Nederland nog maar in beperkte mate gedaan. Een uitzondering hierop vormt de 'benchmark CVA'.

### **Benchmark CVA**

ZonMw heeft een benchmarkinstrument ontwikkeld voor CVA (cerebro vasculair accident)-ketenzorg, waarmee de prestaties van zorgketens kunnen worden gemeten. In deze benchmark wordt een aantal indicatoren gemeten, zoals 'het percentage patiënten dat teruggaat naar de oorspronkelijke woonomgeving', 'ligduur in het ziekenhuis' en 'mate van patiënttevredenheid'. De benchmark is gebruikt om negen regionale zorgketens onderling te kunnen vergelijken. In de toekomst

kunnen (de resultaten van) vergelijkbare onderzoeken een belangrijke rol spelen in mededingingszaken.

### **Conclusies**

Uit het voorgaande volgt dat het mededingingsrecht niet in de weg hoeft te staan aan samenwerking in ketenzorgverbanden die bijdragen aan de kwaliteit, betaalbaarheid en bereikbaarheid van de zorg. Afspraken die enkel hierop betrekking hebben, zoals zorginhoudelijke afstemming, of het doorsturen van patiëntinformatie, zullen niet snel de mededinging beperken. De grootste aandacht vanuit het mededingingsrecht gaat uit naar uitsluiting van eventuele concurrenten in de verschillende schakels van een keten. Hier moet worden gewaakt voor overtredingen zoals marktverdeling of afstemming van prijzen.

Het is mede daarom van belang dat zorgaanbieders de omvang van de efficiëntievoordelen van ketenzorg zo goed mogelijk op voorhand inschatten en vervolgens kwantificeren. Want mocht het zo zijn dat de ketenzorg (mogelijke) negatieve bij-effecten heeft voor de mededinging, dan kunnen deze nadelige gevolgen zorgvuldig worden afgewogen tegen de efficiëntievoordelen van de keten.

### **3.4 Specialisatie en concentratie van medisch specialistische zorg**

Een andere vorm van samenwerking in de medisch specialistische zorg betreft samenwerking tussen zorgaanbieders die zich in hetzelfde marktsegment begeven en dus met elkaar (kunnen) concurreren. Binnen deze categorie is een nader onderscheid relevant, namelijk:

- a. de situatie waarin twee (of meerdere) ziekenhuizen willen samenwerken door gezamenlijk één nieuwe organisatie te vormen waarin de deelnemende ziekenhuizen opgaan (fusie) en
- b. de situatie waarin meerdere ziekenhuizen zelfstandig blijven bestaan, maar gezamenlijk afspraken willen maken over specialisatie en verdeling van functies.

In het eerste geval is de preventieve fusiecontrole van de Mw aan de orde, terwijl het bij het tweede geval gaat om de (ex post) vraag of hier sprake is van kartelvorming.

## A. Samenwerking d.m.v. fusie

De noodzaak om (basis)kwaliteit van zorg te kunnen blijven garanderen en de wens om de kwaliteit van zorg naar een hoger plan te tillen door middel van (sub)specialisatie kunnen (bijkomende) redenen zijn voor ziekenhuizen om te (willen) fuseren.

Een fusie tussen ziekenhuizen beperkt het aantal aanbieders op de relevante markt. Vanwege het (mogelijk) concurrentiebeperkende effect hiervan voorziet de Mw in een zgn. preventieve fusiecontrole. Ziekenhuizen die voornemens zijn te fuseren dienen dit voornemen te melden bij de NMa. De NMa onderzoekt in eerste instantie of de fusie een significante beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben. Indien dit zo is, dan is voor de fusie een vergunning vereist en volgt nader onderzoek naar de mogelijke effecten van de fusie op de relevante markt.

Tot januari 2004 was de NMa in haar fusietoetsing van oordeel dat de ziekenhuissector zodanig strikt gereguleerd was dat van noemenswaardige mededinging en dus van de mogelijkheid tot het ontwikkelen van een economische machtspositie geen sprake was. Voor ziekenhuisfusies werd tot die tijd geen vergunning vereist. In januari 2004 ging de NMa in de zaak van het Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis – Leyenburg Ziekenhuis voor het eerst over tot een inhoudelijke beoordeling. In totaal heeft de NMa sindsdien negen ziekenhuisfusies inhoudelijk beoordeeld (in een enkel geval twee keer) – en tot nu toe geen enkele keer negatief<sup>5</sup>.

Een aantal van deze zaken is illustratief voor de wijze waarop de NMa voorgenomen fusies toetst. Het gaat daarbij vooral om de manier waarop de NMa de relevante markt, die bestaat uit een productmarkt en een geografische markt, afbakent. Dit is van belang, omdat een ruime afbakening tot gevolg heeft dat het nieuwe fusieziekenhuis niet snel een economische machtspositie zal innemen, terwijl een enge(re) afbakening juist met zich meebrengt dat de nieuwe organisatie een dominante positie zal verkrijgen. Daarmee is de wijze waarop de markt wordt afgebakend in hoge mate bepalend voor de vraag of voor de

---

<sup>5</sup> Overigens zijn, volgens opgave van de NMa, in totaal rond de 20 voorgenomen ziekenhuisfusies gemeld. Daarvan is de helft, na een eerste beoordeling van de NMa of een vergunning zou zijn vereist, door betrokken partijen ingetrokken.

fusie een vergunning is vereist en zo ja, of de fusie wordt toegestaan of juist verboden.

### **Ziekenhuis Hilversum – Ziekenhuis Gooi Noord (zaak 3897; 08-06-2005)**

In de Gooise ziekenhuiszaak is na de melding op basis van de zgn. Elzinga-Hogarty-test (EH-test) de geografische markt vastgesteld. Bij deze test worden feitelijk afgelegde reisafstanden van patiënten die de betreffende ziekenhuizen hebben bezocht in kaart gebracht en geanalyseerd. Geconcludeerd werd dat de geografische markt het Gooi omvat. Aangezien de gezamenlijke marktaandelen van de fusieziekenhuizen in dit gebied zeer hoog zijn, is besloten dat een vergunning is vereist. In de vergunningsfase is zowel de productmarkt als de geografische markt nader onderzocht.

#### *Productmarkt*

De NMa heeft geen specifieke productmarkten voor specialisten afgebakend. Hij acht dit niet nodig omdat ziekenhuizen een gelijkwaardig aanbod kennen, waardoor een beoordeling per specialisme niet zal afwijken van een beoordeling die uitgaat van een markt voor algemene ziekenhuiszorg. Wel is een onderscheid gemaakt tussen een markt voor klinische en een markt voor niet-klinische ziekenhuiszorg.

#### *Geografische markt*

De meeste aandacht ging in deze zaak uit naar de afbakening van de geografische markt.

Een nadeel van de EH-test is dat het een statische test is die geen rekening houdt met reacties van patiënten op bijvoorbeeld een prijsstijging of een kwaliteitsdaling. Daarom heeft de NMa een onderzoek laten uitvoeren naar de reisbereidheid van patiënten (dynamische analyse). Omdat er geen rechtstreeks verband is tussen de prijs die ziekenhuizen ontvangen en de prijs die patiënten betalen, kon geen gebruik gemaakt worden van een hypothetische prijsstijging. In plaats daarvan is gekozen voor een benadering die uitgaat van een hypothetische verslechtering van het aanbod.

De gevolgen van een hypothetische verslechtering van het aanbod zijn op een drietal manieren onderzocht. In de eerste plaats is op basis van *feitelijke* gegevens over reistijden geprobeerd een schatting te maken van de prijs die patiënten bereid zijn te betalen voor hun zorgdiensten. In de tweede plaats is door middel van een enquête onderzocht wat de reactie van patiënten zou zijn op een *hypothetische* daling van de kwaliteit van de zorg. Ten slotte is via een andere enquête onderzocht

of patiënten bereid zouden zijn meer te betalen voor de diensten van het gefuseerde ziekenhuis.

De diverse onderzoeksresultaten in deze zaak leverden geen eenduidig beeld op. De uitkomsten uit de eerste methode – gebaseerd op feitelijke reisgegevens – bevestigen het resultaat van de EH-test. De beide andere methoden – gebaseerd op enquêtegegevens – wijzen echter op een ruimere markt dan het Gooi. Hoewel meestal meer waarde dient te worden toegekend aan gebleken voorkeuren van consumenten (statische analyse), dan aan door consumenten aangegeven voorkeuren (dynamische analyse), heeft de NMa geoordeeld dat de markt in dit geval aan de hand van de dynamische analyse moet worden afgebakend. Hij acht daarvoor doorslaggevend dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat de reisbereidheid van patiënten in de nabije toekomst zal toenemen.

De Nederlandse zorgmarkt is immers in transitie, waardoor te verwachten is dat de transparantie van kwaliteit en prijzen – die thans nog ontbreken - wordt vergroot.

De NMa concludeert dan ook dat er onvoldoende grond is voor het vaststellen van een markt die beperkt is tot het Gooi. Op basis van reistijden vanuit het Gooi naar andere ziekenhuizen stelde hij vervolgens vast dat meerdere ziekenhuizen concurrentiedruk uitoefenen op het fusieziekenhuis en dat het marktaandeel op deze ruimere markt slechts circa 20 procent zou bedragen. Er was dus geen reden om de fusie te verbieden.

#### **Kritiek op marktafbakening**

Sinds deze zaak heeft de NMa de geografische markt steeds op basis van een combinatie van een statische en een dynamische analyse afgebakend. Hierop is de nodige kritiek geweest. Zo stelt Canoy dat de afbakening van een markt in transitie problematisch is vanwege gebrekkige informatie. In die situatie dient volgens hem eigenlijk altijd voor de nauwere marktdefinitie gekozen te worden. Deze engere marktafbakening leidt er namelijk doorgaans toe dat de fusiepartners grotere marktaandelen hebben dan het geval zou zijn bij een ruimere marktafbakening en fusies daarom eerder verboden zouden kunnen worden. De NMa moet volgens hem, in geval van twijfel, niet bang zijn een fusie te verbieden en te riskeren dat de partijen die willen fuseren naar de rechter stappen.

In reactie op deze kritiek geeft de NMa aan dat zij tracht – hoe moeilijk dat ook is vanwege gebrek aan relevante gegevens –



rekening te houden met het feit dat de zorgsector in beweging is. Het probleem daarbij is dat in een zich ontwikkelende markt, de relevante markt van vandaag waarschijnlijk niet de relevante markt van morgen is. Het besluit in de Zeeuwse ziekenhuiszaak geeft aan dat op dit punt het besluitvormingsproces verder evolueert. Zo zijn voor het eerst in een ziekenhuisconcentratiezaak voorwaarden verbonden aan de voorgenomen fusie die ertoe moeten leiden dat de toetreding niet wordt belemmerd, de prijzen voor sommige verrichtingen niet onevenredig worden verhoogd en de basiszorg wordt gegarandeerd.

De Zeeuwse ziekenhuiszaak spreekt om meerdere redenen tot de verbeelding. In tegenstelling tot de eerdere ziekenhuiszaken had de NMa vastgesteld dat het nieuwe fusieziekenhuis zonder twijfel een economische machtspositie zou innemen. Desondanks heeft de NMa de fusie van Ziekenhuis Walcheren en Stichting Oosterscheldeziekenhuizen goedgekeurd, op basis van het zogenoemde ‘efficiëntieverweer’.

### **Efficiencyverweer**

Voor een succesvol beroep op het efficiencyverweer moet aan strenge eisen worden voldaan. Kalbfleisch (NMa) gaf in oktober 2008 op dit punt aan: ‘In de beoordeling van een efficiencyverweer kunnen kwaliteitsaspecten of kwaliteitsimpulsen mededingingsbezwaren opzij zetten, indien aan vier cumulatieve voorwaarden voldaan is:

- 1) de kwaliteitsverbetering – objectiveerbaar en verifieerbaar als zij moet zijn – is een direct gevolg van de samenwerking,
- 2) de samenwerking is onmisbaar voor de realisatie van de kwaliteitsverbetering, in die zin, dat redelijkerwijs geen alternatieven voorhanden zijn, die mededingingsrechtelijk minder bezwaarlijk zijn,
- 3) de samenwerking komt consumenten ten goede door het genereren van kwaliteitswinst, die anticompetitieve effecten te boven gaan en
- 4) er moet restconcurrentie, desnoods potentieel, overblijven’.

De NMa heeft het efficiëntieverweer pas geaccepteerd nadat de Zeeuwse ziekenhuizen een aantal voorwaarden hadden aangeboden. Die voorwaarden bestaan uit de naleving van enkele gedragsremedies.

**Stichting Ziekenhuis Walcheren – Stichting Oosterscheldeziekenhuizen (zaak 5196; 18-11-2005 en zaak 6424; 25-03-2009)**

Sinds 2005 bestond bij de Zeeuwse ziekenhuizen de wens om te fuseren. Zij hebben de voorgenomen concentratie bij de NMa gemeld. Nadat in het zicht van een weigering van een vergunning partijen besloten hadden de vergunningaanvraag in te trekken, is in juni 2008 opnieuw een melding bij de NMa ingediend. In de ‘tweede ronde’ stond het efficiëntieverweer centraal. De Zeeuwse ziekenhuizen waren van mening alleen door een fusie in staat te zijn bepaalde efficiëntievoordelen te behalen, die zij ieder voor zich niet zouden kunnen bereiken en ook niet door een andere vorm van samenwerking. Meer in het bijzonder verwachtten de Zeeuwse ziekenhuizen door te fuseren in staat te zullen zijn de benodigde specialisten aan zich te kunnen binden en de kwaliteit van de zorg op het vereiste niveau te kunnen houden en te kunnen verhogen.

*Aantrekken en behouden specialisten*

Al lange tijd was het voor de beide Zeeuwse ziekenhuizen moeilijk om voldoende gekwalificeerde artsen aan te trekken en aan zich te binden. Het bleek dat de regio Midden-Zeeland niet geliefd was bij artsen omdat de maatschappen klein waren. Iedere arts werd om die reden verplicht veel lange diensten te draaien. Bovendien waren er vanwege de geringe omvang van de maatschappen te weinig mogelijkheden om te specialiseren. Iedere arts was nodig om het brede scala aan behandelingen dat bij een algemeen ziekenhuis hoort, te kunnen (blijven) aanbieden. Als gevolg van de fusie zullen ook de maatschappen worden gestimuleerd om te fuseren zodat er grotere maatschappen ontstaan die een grotere aantrekkingskracht hebben op nieuwe artsen. Een grote(re) maatschap biedt immers de noodzakelijke ruimte aan de betrokken artsen om zich (nader) op een bepaald deelgebied toe te leggen. Om een specialisme (goed) uit te kunnen oefenen, is het in toenemende mate noodzakelijk dat een arts een bepaalde hoeveelheid patiënten behandelt. Door de schaalgrootte als gevolg van de fusie van de Zeeuwse ziekenhuizen nemen aldus de mogelijkheden toe specialisten aan te trekken en tenminste te behouden en daarmee het zorgaanbod uit te breiden.

*Kwaliteit van zorg verhogen*

De Zeeuwse ziekenhuizen zagen in de fusie de enige methode om de kwaliteit van de zorg op peil te kunnen houden en eventueel zelfs te kunnen verhogen. Het tekort aan artsen maakte een verruiming van het behandelaanbod onmogelijk en

veroorzaakte ook een steeds grotere druk op de kwaliteit. In combinatie met een te beperkte schaalgrootte had het tekort aan artsen tot gevolg dat niet meer aan bepaalde normen met betrekking tot volume kon worden voldaan waardoor bepaalde behandelingen niet meer konden worden aangeboden. Het totale zorgaanbod van de beide ziekenhuizen stond onder druk door de beperkte patiëntenaantallen die de ziekenhuizen ieder voor zich bedienden.

Door de fusie zullen de Zeeuwse ziekenhuizen een schaalgrootte kunnen creëren waardoor ze kunnen investeren in het verruimen van het zorgaanbod en het verhogen van de kwaliteit. Eén van de concrete plannen is het niveau van de *Intensive Care* afdeling van het zogenoemde IC level 1 naar IC level 2 te brengen. Door deze verhoging hoeft een groep patiënten in Midden-Zeeland niet langer vervoerd te worden naar Antwerpen of Rotterdam. Dat kan levens schelen. Bovendien is het voor diverse andere specialismen van belang dat een ziekenhuis beschikt over een IC level 2. Zo kunnen complexe chirurgische verrichtingen of complexe traumazorg niet plaatsvinden in een ziekenhuis zonder IC level 2. Het spreekt voor zich dat de uitbreiding van het zorgaanbod door de aanwezigheid van een IC level 2 ten goede komt aan de patiënten, die immers voor een complexe(re) behandeling niet meer de regio hoeven te verlaten.

#### *Eerste beoordeling NMa*

De NMa gaf in haar beoordeling in de meldingsfase aan dat er slechts één ziekenhuisorganisatie zou overblijven met een monopoliepositie op het gebied van klinische en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg in de regio Midden- Zeeland. Bovendien bracht de NMa naar voren dat zij haar twijfels had of de fusie wel noodzakelijk was om de kwaliteitsverbeteringen te realiseren en of er geen andere vorm van samenwerking mogelijk was die minder mededingingsbeperkend zou zijn. Daarbij was de NMa ook nog van mening dat de kwaliteitsverbeteringen onvoldoende verifieerbaar waren en dat het niet duidelijk was of de vermeende voordelen wel ten goede zouden komen aan de patiënten.

#### *Beoordeling efficiëntievoordelen door IGZ*

In de vergunningfase heeft de IGZ onderzoek gedaan naar de effecten van de fusie op de kwaliteit van de zorg van de Zeeuwse ziekenhuizen. Naast de vragen die de NZa heeft gesteld aan de IGZ, heeft ook de NMa in het kader van haar eigen onderzoek vragen voorgelegd aan de IGZ. In haar

zienswijze bespreekt de IGZ zowel de situatie dat er geen vergunning voor de fusie verleend zou worden als de situatie dat er wel een vergunning verleend zou worden.

Het oordeel van de IGZ, dat door de NZa in haar zienswijze is overgenomen, luidde dat een fusie van de Zeeuwse ziekenhuizen noodzakelijk is, zowel om de kwaliteit van de zorg op peil te houden als ook om de kwaliteit te verhogen. De IGZ heeft in haar oordeel de specifieke omstandigheden van de regio Midden-Zeeland meegenomen en met name de grote afstanden naar topklinische zorg. Vanwege die grote afstanden, zo concludeerde de IGZ, zullen de ziekenhuizen in Zeeland hun zorgaanbod moeten uitbreiden, door bijvoorbeeld een IC level 2 te realiseren waarmee complexe traumazorg aangeboden kan worden. De IGZ kwam tot de conclusie dat dit bredere zorgaanbod alleen door een fusie is te realiseren.

De NZa heeft in haar zienswijze niet alleen gekeken naar de kwaliteit, maar ook een oordeel gegeven over de toegankelijkheid en de betaalbaarheid van de zorg. Daar was meer twijfel over. De NZa was van mening dat de fusie de keuzemogelijkheden voor de patiënt aanzienlijk zou beperken waardoor de publieke belangen toegankelijkheid en betaalbaarheid in het geding zouden kunnen komen.

Ook de NZa benadrukte dat het waarborgen van de minimumkwaliteit van het allergrootste belang is, maar om de publieke belangen te waarborgen zouden voorwaarden gesteld moeten worden door de NMa<sup>6</sup>.

#### *Remedies*

De NMa was (met de NZa) niet op voorhand ervan overtuigd dat de efficiëntievoordelen voldoende rechtvaardiging vormen voor de beperking van de mededinging die het gevolg zou zijn van de fusie. De Zeeuwse ziekenhuizen hebben dan ook remedies moeten aanbieden om uiteindelijk goedkeuring te verkrijgen.

- De Zeeuwse ziekenhuizen hebben een remedie aangeboden waarmee de NMa de zekerheid kreeg dat de meest in het oog springende kwaliteitsverbeteringen inderdaad zullen worden bereikt. De Zeeuwse ziekenhuizen zullen in een beperkte periode moeten bewerkstelligen dat het zorgaanbod met enkele concrete behandelingen wordt uitgebreid en dat een IC level 2 gerealiseerd zal worden. Met deze remedie kan de NMa controleren of de beoogde effi-

---

<sup>6</sup> Partijen dienen hiertoe zelf te komen met voorstellen

- ciëntievoordelen, die ten goede zullen komen aan de patiënten, inderdaad zullen worden bereikt.
- Ook hebben de Zeeuwse ziekenhuizen maatregelen aangeboden die de toegang tot de markt vereenvoudigen. De ziekenhuizen zullen iedere (nieuwe) speler die medisch specialistische zorg wil aanbieden en die gebruik wil maken van de faciliteiten van de ziekenhuizen, in de gelegenheid stellen dit te doen tegen marktconforme tarieven. Daarnaast zullen de ziekenhuizen zich soepel opstellen bij het verlenen van toestemming aan een arts die op grond van zijn toelatingsovereenkomst aan het ziekenhuisbestuur vraagt of hij voor een gedeelte van zijn tijd elders (lees: bij een concurrent) zijn specialisme mag uitoefenen. De maatstaf die de ziekenhuizen hierbij zullen hanteren, is uitsluitend de continuïteit van de te verlenen zorg in het ziekenhuis. Als die niet in het gevaar komt, verlenen de ziekenhuizen toestemming.
  - Tenslotte hebben de Zeeuwse ziekenhuizen ook een prijsplafond moeten aanbieden, zodat de NMa de zekerheid heeft dat de prijzen in de regio Midden-Zeeland op een concurrerend niveau blijven. Hoewel diverse verzekeraars hebben aangegeven over voldoende middelen te beschikken om patiënten te sturen en daarmee de ziekenhuizen met betrekking tot prijs en kwaliteit in het gareel te houden, zag de NMa toch graag garanties voor het feit dat de prijzen als gevolg van de fusie niet ongeoorloofd zullen stijgen.

### Conclusies

- 1) Ondanks de politieke en maatschappelijke weerzin tegen fusies van zorginstellingen is zeker niet uit te sluiten dat ziekenhuizen ook in de komende jaren zullen willen fuseren<sup>7</sup>. Samenwerking wordt in toenemende mate noodzakelijk om aan de gestelde minimum voluminanormen te kunnen voldoen. Hoewel deze samenwerking ook op andere - minder concurrentiebeperkende - wijze kan worden vormgegeven, kan fusie de meest aangewezen vorm zijn door de samenloop met overwegingen van financiële aard. Ziekenhuizen hebben nu vaak al een zwakke financiële positie en het is zeker niet uit te sluiten dat deze o.i.v. de aanhoudende economische crisis in de komende jaren verder verzwakt. Vooral in krimpregio's blijkt deze fu-

---

<sup>7</sup> Zo zijn per medio 2011 twee nieuwe meldingen bij de NMa gedaan van voorgenomen ziekenhuisconcentraties

sienoodzaak aan de orde. Daar overheerst dan de opvatting: 'beter één (groot) ziekenhuis, dan geen ziekenhuis'.

- 2) De kritiek op de marktafbakening door de NMa richt zich op de gehanteerde methode, maar gaat dieper. Vooral vanuit economische hoek is er kritiek op de NMa, die te gemakkelijk fusies zou toestaan, terwijl er twijfels zijn over de efficiencywinst die ermee geboekt wordt. Ook maatschappelijk en politiek is er weerstand tegen ziekenhuisfusies. De politiek heeft zich expliciet ten doel gesteld om de mededinging in de zorg aan te wakkeren. De gedachte daarbij is dat toegenomen mededinging bijdraagt aan de publieke belangen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit. Fusies kunnen dit liberaliseringsproces frustreren. De NMa kan een fusie alleen blokkeren als de mededinging significant wordt belemmerd. Het gevolg is dat het kan voorkomen dat men de facto en de jure toestaat dat de concurrentie verlaagd wordt via een fusie, terwijl er politiek besloten is dat men meer concurrentie wil. Er is dus in ieder geval een gepercipieerde tegenstelling tussen het aanwakkeren van mededinging en het fusietoezicht.
- 3) Het is echter de vraag of de mate van mededinging één op één moet worden afgemeten aan het aantal zorgaanbieders dat op een markt actief is. Zo stelt Keuzenkamp in reactie op een commentaar van Varkevisser en Schut op het besluit aangaande de fusie van MC Alkmaar en het Gemini-ziekenhuis in Den Helder - waarin zij stelden dat er slechts één concurrent van het fusieziekenhuis overblijft en dat dit in elke andere markt onmiddellijk een fusieverbod zou opleveren - dat marktaandelen niet te rigide geïnterpreteerd moeten worden omdat er wel degelijk veel dynamiek en dreiging van latente concurrentie is door toetreding op deelgebieden van de zorg, die ziekenhuizen alert houdt.
- 4) Tot nog toe heeft de NMa de productmarkt louter onderscheiden in een markt voor klinische en een markt voor niet-klinische ziekenhuiszorg. Hij acht een nader onderscheid naar specialismen (vooralsnog) niet nodig omdat ziekenhuizen een gelijkwaardig aanbod kennen met als gevolg dat een beoordeling per specialisme niet zal afwijken van een beoordeling die uitgaat van een markt voor algemene ziekenhuiszorg. Dit standpunt is niet meer houdbaar naarmate ziekenhuizen zich meer gaan specialiseren.

- 5) Meer ten principale: De wetgever heeft de NMa niet de taak gegeven om fusies op hun maatschappelijke waarde te beoordelen; dat is – in voorkomend geval - voorbehouden aan de NZa. De NMa moet concentraties beoordelen op het mogelijk effect dat het nieuw te vormen bedrijf op de mededinging kan hebben. Efficiëntieoverwegingen worden alleen in de beschouwing betrokken indien een voorgenomen fusie tot een significante belemmering van de mededinging leidt. In dat geval wordt doorgaans de zienswijze van de NZa gevraagd, die vooral beoordeelt wat het effect van de voorgenomen fusie zal zijn op de publieke belangen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit; met andere woorden of patiënten ook profiteren van eventuele schaalvoordelen.
- 6) Om die reden dringt de Kamer met een zekere regelmaat aan op een specifieke fusietoets voor de zorg. In de meest recente uitwerking van deze toets moeten meerdere stappen worden doorlopen: de fusiepartners dienen eerst een fusie effectrapportage op te stellen, waarin zij onderbouwd aangeven welke effecten de fusie zal hebben op de publieke belangen. Deze rapportage wordt beoordeeld door de NZa en kan uitmonden in een verbod om de fusie tot stand te brengen indien de NZa van oordeel is dat de effecten nadelig zijn voor de publieke belangen. Als de NZa van oordeel is dat negatieve effecten zullen uitblijven of beperkt zijn, mogen de fusiepartners hun voornemen melden bij de NMa, die vervolgens toetst of de fusie de mededinging significant zal belemmeren. Met dit voornemen wordt een onnodige verdubbeling van toetsing binnengehaald. De casus van de Zeeuwse ziekenhuisfusie maakt duidelijk dat aan de hand van het efficiencyverweer binnen het huidige mededingingsrechtelijke kader wel degelijk ex ante op mogelijke effecten van de fusie op de publieke belangen wordt getoetst.
- 7) Een dergelijk verweer kan echter alleen aan de orde komen indien voor de fusie een vergunning is vereist. Dit is eerder het geval wanneer de geografische markt niet te ruim wordt afgebakend. De NMa maakt evenwel gebruik van een meer dynamische analyse om de markt af te bakenen, omdat de zorgmarkt in transitie is. Hoewel hier zeker iets voor te zeggen is, lijkt het verstandig toch voor een enge(re) marktafbakening te kiezen. Dat vergroot de kans dat vergunning nodig is en in dat kader zal van de fusie-

ziekenhuizen gevraagd worden hun voornemen goed te onderbouwen. Dat maakt een aparte fusietoets zoals het kabinet thans voor ogen heeft overbodig.

- 8) Hier wreekt zich dat in het algemeen mededingingsrecht een adequate en juridisch onomstreden methode om in de gezondheidszorg markten af te bakenen vooralsnog ontbreekt. Dit vormt ook een probleem voor de NZa, die de vaststelling van aanmerkelijke marktmacht (en daarmee een evt. besluit om tegen de betreffende onderneming op te treden) moet baseren op een op grond van de beginselen van het algemeen mededingingsrecht afgebakende markt. Het verdient daarom aanbeveling dat NMa en NZa gezamenlijk richtlijnen opstellen en publiceren over de precieze wijze waarop in voorkomende gevallen geografische zorgmarkten zullen worden afgebakend (zie ook evaluatie Wmg, Den Haag, ZonMw, september 2009).
- 9) Specifiek ten aanzien van de Zeeuwse casus:
  - Volgens de NMa onderbouwen ziekenhuizen hun stelling - dat zij ieder voor zich niet in staat zijn (minimum) kwaliteit te leveren en daarom moeten fuseren - niet of onvoldoende. Daarom wordt de zienswijze van de IGZ gevraagd. Feitelijk gaat de onderbouwing die IGZ geeft niet veel verder dan die van de ziekenhuizen zelf. De IGZ constateert namelijk dat het probleem van beperkte schaalgrootte eigenlijk rond een beperkt aantal specialismen speelt, maar dat de samenhang van zorgfuncties dermate groot is, dat fusie de meest aangewezen weg is. De NMa neemt dit oordeel over 'omdat' het van de IGZ is, als neutrale beoordelaar van de voorgenomen verbeteringen van de kwaliteit. Hiermee wordt in feite een (autoriteits)drogreden<sup>8</sup> gehanteerd.

---

<sup>8</sup> Hierbij gebruikt men de (veronderstelde) autoriteit van een externe persoon of instantie als argument voor de juistheid van een bewering. Op zichzelf is het autoriteitsargument geen drogreden. Het steunt echter op een onderliggende, verborgen aanname, namelijk dat spreker en toehoorders de betreffende autoriteit ook als zodanig erkennen. Klopt die verborgen aanname niet, dan is logischerwijs ook het autoriteitsargument niet correct. In dat geval is sprake van een drogreden.



- De NMa verlangt op instigatie van de NZa een garantie dat de toegankelijkheid van zorg niet onder druk komt. Daarom stellen partijen voor om voor dbc's in het B-segment niet meer dan de gemiddelde prijs te rekenen. Het is opmerkelijk dat op dit punt gekozen is voor een ingewikkelde gedragsremedie in de vorm van een prijsplafond 'op voorhand'. Met de invoering van de Wet Marktordening Gezondheidszorg beschikt de NZa niet alleen over de mogelijkheden, maar ook over de kennis om de tarieven te reguleren van zorgaanbieders met een aanmerkelijke marktmacht. Toezicht door de NZa – nà aanwijzingen voor misbruik van marktmacht - had dan ook meer voor de hand gelegen. Temeer daar de betrokken zorgverzekeraars hebben aangegeven nog voldoende onderhandelingsruimte te zien om tot reële prijzen te komen.

## B. Specialisatieafspraken tussen ziekenhuizen: Kartelvorming?

De laatste tijd kondigen steeds meer ziekenhuizen aan met elkaar afspraken te maken over specialisatie. Enkele voorgenomen initiatieven op dit vlak<sup>9</sup>:

- De A12-coöperatie: Bronovo Ziekenhuis, MC Haaglanden (beide Den Haag), Groene Hart Ziekenhuis (Gouda) en 't Lange Land (Zoetermeer/Leidschendam). Exploiteren samen een PET CT-scan, obesitaskliniek, intensive care's en willen dit jaar een liesbreukstraat openen
- Westfries Gasthuis (Hoorn), Zaaans MC en Waterlandziekenhuis (Purmerend) praten over spreiding en concentratie van kankerzorg.
- AMC (Amsterdam) en Flevoziekenhuis (Almere) werken samen op gebied van mamma-chirurgie, darmchirurgie en grote oncologische verrichtingen

---

<sup>9</sup> Ontleend aan <http://nos.nl/artikel/230831-initiatieven-tot-samenwerking-van-ziekenhuizen.html>

- Haga Ziekenhuis (Den Haag) en Reinier de Graaf (Delft) werken samen met het Vlietland ziekenhuis (Schiedam) bij de verdeling van patiënten over IC's
- Atrium MC (Heerlen) en Orbis MC (Sittard-Geleen) beginnen met gesprekken over samenwerking en afstemming.
- BovenIJ ziekenhuis en het OLVG (beide Amsterdam) werken samen in chirurgie en diagnostiek

Deze ontwikkeling wordt zowel ingegeven door overwegingen van financiële aard, als door kwaliteitsoverwegingen. Specialisatie is nodig om voldoende volume te genereren, zodat voldaan kan worden aan de minimumnormen die de IGZ ter zake hanteert. En daarnaast om de snelheid waarmee kennis op medisch inhoudelijk vlak toeneemt te kunnen absorberen. Het betekent dat ziekenhuizen niet meer alle vormen van medisch specialistische zorg zullen aanbieden, maar keuzes maken, portfolio's ontwikkelen. Zoals eerder betoogd zal dit de noodzaak om samen te werken vergroten.

Voorbeeld: een patiënt is onder behandeling van een cardioloog in ziekenhuis A. Op enig moment heeft deze patiënt een nieuwe hartklep nodig. In ziekenhuis A wordt deze ingreep niet (meer) uitgevoerd. De patiënt moet daarvoor naar ziekenhuis B, dat zich heeft gespecialiseerd in cardiochirurgische ingrepen. Na de ingreep neemt de cardioloog in ziekenhuis A de behandeling van de patiënt weer over. Het is in het belang van de patiënt dat de betrokken zorgverleners in ziekenhuis A en in ziekenhuis B (zorginhoudelijk) goede afstemming hebben. Hoewel de patiënt de mogelijkheid heeft naar een ander cardiochirurgisch centrum te gaan zal de cardioloog in ziekenhuis A zijn patiënten bij voorkeur naar ziekenhuis B verwijzen.

In feite brengt specialisatie met zich mee dat het zorgproces van de patiënt (verder) wordt opgeknipt. Net zoals voor ketenzorg geldt, zal hier niet snel een probleem met het mededingingsrecht ontstaan - zelfs niet als exclusiviteit wordt afgesproken - zolang er voldoende concurrentie overblijft en de afspraken niet leiden tot uitsluiting van derden.

Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt zijn er vooral bezwaren wanneer ziekenhuizen onderling afspreken wie zich waarin zal specialiseren. In feite komt dit namelijk neer op het verdelen van functies, waardoor er sprake is van marktverdeling. Het aantal aanbieders dat een bepaalde functie uitoefent neemt hierdoor immers af.

Zo stelt Don van de NMa in een reactie op het pleidooi van de voorzitter van de Samenwerkende Topklinische opleidingsziekenhuizen (STZ) om deze ziekenhuizen een regionale regierol te geven bij de concentratie en spreiding van zorg dat "onderlinge specialisatieafspraken waardoor de zorg bij bepaalde ziekenhuizen wordt geconcentreerd, de keuzemogelijkheden voor patiënten beperken en daarmee de concurrentie. Een regierol voor topklinische ziekenhuizen bij concentratie en spreiding van zorg is dan ook uit den boze". Don benadrukt dat de NMa niet tegen concentratie per se is, zolang dit maar gebeurt onder de regie van de zorgverzekeraars.

De uitlatingen van Don zijn evenwel (te) ongenueanceerd. De Mw kent immers een aantal uitzonderingen op het kartelverbod, waaronder artikel 6 lid 3. Volgens deze bepaling is het kartelverbod niet van toepassing, indien aan de volgende criteria (cumulatief) is voldaan:

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

Het probleem is echter dat dergelijke afspraken achteraf beoordeeld worden en dat de bewijslast bij de zorgaanbieders ligt. Dat is moeilijk wegens gebrek aan (publieke) kwaliteitsnormen en uitkomstmaten. De thans ontwikkelde minimum volumina normen zijn (nog) onvoldoende substantieel<sup>10</sup> en vormen bovendien een 'ondergrens'; specialisatie gaat over (nog) beter worden dan je al bent ("centers of excellence"). Bovendien – zelfs al zouden uitkomstmaten voorhanden zijn – ligt het bewijs in de toekomst.

---

<sup>10</sup> Op dit moment – medio 2011 - zijn (nog) slechts voor 5 à 6 heelkundige ingrepen minimum volumina normen vastgesteld

Hier stuiten we op een dilemma, dat voor het advies van wettelijk belang is: als specialisatie en concentratie van medisch specialistische zorg gestimuleerd moeten worden, wie zou dan het voortouw moeten nemen?

Hier zijn grofweg twee varianten of uitersten mogelijk:

- Regie door zorgverzekeraars (o.b.v. selectieve zorginkoop):

Argumenten pro	Argumenten contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>- past binnen huidige zorgstelsel (regerol toebedacht aan zorgverzekeraars; selectieve zorginkoop)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- (nog?) onvoldoende sturingsmogelijkheden wegens gebrek aan publieke kwaliteitsnormen (vgl. CZ initiatief borstkankerchirurgie)</li> <li>- systeem van selectieve zorginkoop kan alleen floreren als er keuzemogelijkheden zijn; bij specialisatie vermindert het aantal aanbieders juist en heeft de zorgverzekeraar minder onderhandelingsmacht</li> <li>- selectieve zorginkoop gaat uit van veronderstelling dat er voldoende aanbod is; onvoldoende toegesneden op krimpregio's</li> <li>- per regio zijn meerdere zorgverzekeraars actief; mogen zij gezamenlijk optrekken?</li> <li>- competenties: kunnen zorgverzekeraars dit wel?</li> </ul>

- Regie bij zorgaanbieders: gezamenlijke afspraken

Argumenten pro	Argumenten contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>- kennen de mogelijkheden en ambities het beste</li> <li>- biedt mogelijkheid om voort te bouwen op 'organisch' gegroeide vormen van samenwerking</li> <li>- draagvlak in de sector</li> </ul>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. in strijd met kartelverbod, tenzij bewezen wordt dat aan voorwaarden voor onthefing is voldaan; bewijs is moeilijk te leveren</li> <li>2. uitvoerbaarheid: hoe kom je tot verdeelafspraken?</li> </ol>

In de praktijk worden tussenvarianten beproefd. Het model van De Friesland zorgverzekeraar is hiervan een voorbeeld. Uitgangspunt in dit samenwerkingsmodel is dat de zorgverzekeraar 'besluit' hoe het zorgaanbod in de regio zich verder zal ontwikkelen, maar zich hierbij laat adviseren door vertegenwoordigers van zorgaanbieders en patiënten in de regio. Op deze manier kunnen betrokkenen meepraten en meedenken over specialisatie en spreiding, maar blijft het de zorgverzekeraar die knopen doorhakt (warme sanering). Omdat in dit proces van specialisatie ook pijnlijke knopen moeten worden doorgemaakt bestaat een risico dat de deelnemende zorgaanbieders er niet uit (willen) komen. De zorgverzekeraar heeft echter een stok achter de deur door uiteindelijk naar eigen inzicht het instrument van selectieve zorginkoop in te zetten (koude sanering).

Het is nog onzeker hoe de NMa dit initiatief zal beoordelen. De eerdere uitspraken van Don doen vermoeden dat de NMa dit de aangewezen weg vindt: "De NMa is niet tegen concentratie per se, zolang dit maar gebeurt onder de regie van de zorgverzekeraars". Achterliggende gedachte hierbij is dat zorgverzekeraars het belang van de consument (patiënt) vertegenwoordigen.

Hoewel het model van De Friesland zorgverzekeraar een goed gekozen middenweg lijkt, roept het ook indringende vragen op. In hoeverre staat het deelnemende aanbieders nog vrij om af te wijken van de gezamenlijk ontwikkelde visie? Wat als een zorgaanbieder in de regio niet wil meedoen met dit overleg – omdat hij zich niet wil vastpinnen maar zijn eigen koers wil

varen? Loopt hij dan het risico dat hij zichzelf uit de markt prijst? Zal de zorgverzekeraar deze weigering afstraffen door hem niet (meer) te contracteren? Is dit risico niet ernstiger dan wanneer zorgaanbieders onderling afspraken maken, juist vanwege de inkoopmacht van de verzekeraar? En: is dit model wel te hanteren in regio's waar meerdere zorgverzekeraars actief zijn?

### **Conclusies**

- 1) Als specialisatie en concentratie van medisch-specialistische zorg gestimuleerd moeten worden, is de vraag wie het voortouw moet - of mag - nemen: de zorgverzekeraars, de zorgaanbieders of een combinatie van beiden.
- 2) Regie door de zorgverzekeraar, zoals in het nieuwe stelsel beoogd, heeft als bezwaar dat onvoldoende kwaliteitsnormen en uitkomstmaten voorhanden zijn om selectief te kunnen inkopen. Bovendien is zeer de vraag of dit instrument overal in den lande kan worden toegepast. Selectieve zorginkoop door zorgverzekeraars kan werken in stedelijke gebieden waar voldoende aanbod is. In landelijke gebieden/krimpregio's gaat het er veeleer om een minimum aanbod aan medisch specialistische zorg overeind te kunnen houden; dan valt er simpelweg niet te kiezen.
- 3) Regie bij zorgaanbieders staat op gespannen voet met het mededingingsrecht. Om buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod te blijven moeten ziekenhuizen die specialisatieafspraken maken zelf beoordelen of aan de wettelijke criteria is voldaan (self-assessment). Anders dan bij fusiecontrole vindt hier een beoordeling achteraf plaats. Dat wordt als risicovol ervaren omdat de inspanningen die nodig zijn om samenwerking vorm te geven groot zijn. Een voorstel om toetsing aan het kartelverbod vooraf te doen plaatsvinden, vraagt om een wijziging van de Mw.
- 4) Voorts is onduidelijk welk bewijs voldoende is om in aanmerking te komen voor ontheffing van het kartelverbod. De NMa mist de specifieke kennis die nodig is om kwaliteitsargumenten te kunnen beoordelen en zal in voorkomend geval de zienswijze van de IGZ vragen en overnemen.
- 5) Een model waarbij zorgverzekeraars, zorgaanbieders en patiënten gezamenlijk optrekken lijkt een gulden middenweg, maar heeft ook schaduwzijden.

- 6) Al met al dreigt een impasse. Om hieruit te komen lijkt de introductie van een ‘samenwerkingseffectrapportage’ aangewezen. In deze rapportage dienen zorgaanbieders die samenwerkingsafspraken willen maken - aan de hand van de gestelde voorwaarden voor vrijstelling van het kartelverbod - onderbouwd aan te geven welke effecten deze afspraken zullen hebben op de publieke belangen. Deze rapportage wordt beoordeeld door de NZa en mondt uit in een oordeel van de NZa, waarin zij aangeeft of aan de gestelde voorwaarden voor vrijstelling is voldaan. Indien de NZa van oordeel is dat de effecten nadelig (kunnen) zijn voor de publieke belangen, geeft de NZa advies over hoe deze negatieve effecten zijn te voorkomen of te beperken. In het samenwerkingsprotocol tussen NZa en NMa dient hiertoe te worden vastgelegd dat de NMa bij toetsing (achteraf) van de samenwerkingsafspraken aan het kartelverbod, het oordeel van de NZa vraagt en (in beginsel) volgt, tenzij de uitwerking van de samenwerkingsafspraken afwijkt van de oorspronkelijke (en getoets-) voornemens.

### 3.5 Samenwerking tussen medisch specialist en ziekenhuis en tussen medisch specialisten onderling

Zowel bij deconcentratie als bij specialisatie speelt nog een punt op het gebied van samenwerking (of liever: de beëindiging daarvan) tussen zorgaanbieders, dat grote invloed heeft op de mededinging, maar tot nu toe relatief onderbelicht is gebleven in het toezicht door de NMa. Het betreft hier afspraken in de (samenwerkings)overeenkomsten tussen medisch specialisten onderling en tussen medisch specialisten en ziekenhuizen.

Technologische en medisch inhoudelijke ontwikkelingen maken het in toenemende mate mogelijk om medisch specialistische zorg ook buiten het ziekenhuis te leveren, hetzij in gezondheidscentra (deconcentratie d.m.v. substitutie van tweede naar eerste en anderhalve lijnszorg), dan wel in diagnostische centra of zbc's (specialisatie).

Een aantal bepalingen in de overeenkomsten tussen medisch specialisten onderling en met ziekenhuizen staat evenwel de

verdere ontwikkeling van deconcentratie en specialisatie in de weg.

#### **A. Non-concurrentiebeding in (model) toelatingsovereenkomst**

Op dit moment staat het medisch specialisten die op basis van een toelatingsovereenkomst aan een ziekenhuis verbonden zijn niet zonder meer vrij om ook elders – d.w.z. buiten het ziekenhuis - werkzaamheden te verrichten. De (model) toelatingsovereenkomst tussen individuele medisch specialist en ziekenhuis(bestuur) bepaalt namelijk dat de medisch specialist hiervoor vooraf schriftelijk toestemming nodig heeft van het ziekenhuisbestuur. De medisch specialist moet zijn voornemen tot het elders verrichten van deze werkzaamheden, tijdig en schriftelijk kenbaar maken aan het bestuur en dient daarover met het bestuur en het stafbestuur in overleg te treden. Het bestuur zal deze toestemming verlenen indien en zolang de belangen van het ziekenhuis en/of de patiënten niet worden geschaad (art. 4.1 MTO, versie 2006).

Hoewel toestemming alleen mag worden geweigerd als dit schadelijk is voor het ziekenhuis en/of de patiënten, is de scheidslijn niet altijd duidelijk en leidt dit nogal eens tot juridische geschillen. Illustratief hiervoor is het geschil tussen de maatschap chirurgie en de Raad van Bestuur van het Wilhelmina Ziekenhuis in Assen.

#### **Scheidsgerecht Gezondheidszorg; Zaak 08/07 (bodempprocedure)**

De maatschap Heelkunde van het Wilhelmina Ziekenhuis in Assen heeft plannen ontwikkeld voor een nieuw dagbehandelingscentrum buiten het WZA. De maatschap wil zich in dit centrum richten op multidisciplinaire bekkenbodempzorg, vaat-zorg (veneus én arterieel) en buikwandbreuken. Het WZA heeft hiervoor te weinig capaciteit. Een deel van de poliklinische werkzaamheden van de Maatschap zou naar deze kliniek worden verplaatst. De zorg in de nieuwe kliniek zal in de beschikbare vrije tijd van de maatschap worden geleverd, zodat de maatschap beschikbaar blijft voor het leveren van zorg in het WZA op hetzelfde peil.

De maatschap heeft formeel toestemming gevraagd aan het ziekenhuisbestuur voor de voorgenomen 'nevenwerkzaamhe-



den'. Het bestuur heeft de toestemming geweigerd. Tussen partijen zijn vanaf 8 juni 2007 onderhandelingen gevoerd die evenwel niet tot enig resultaat hebben geleid. Uiteindelijk leidt dit tot een bodemprocedure die door de chirurgen is aangespannen. Hierin verzoekt de maatschap het Scheidsgerecht om het ziekenhuis te bevelen hen alsnog de gevraagde toestemming te verlenen. Het ziekenhuis vordert in reconventie dat het Scheidsgerecht iedere chirurg afzonderlijk zal bevelen om met onmiddellijke ingang alle werkzaamheden in de kliniek te staken en gestaakt te houden zolang zij daarvoor geen toestemming heeft verleend. En in bredere zin om zich te onthouden van alle activiteiten die erop gericht zijn (potentiële) patiëntenstromen van het ziekenhuis te verleggen naar de kliniek.

Het Scheidsgerecht overweegt – onder verwijzing naar de genoemde bepaling in de toelatingsovereenkomst – dat het eerst en vooral ter beoordeling van de directie van het ziekenhuis is om te bepalen of de belangen van het ziekenhuis en/of de patiënten worden geschaad door de voorgenomen nevenwerkzaamheden. Deze heeft daarbij een zekere beoordelingsvrijheid, die door het Scheidsgerecht met enige terughoudendheid dient te worden getoetst.

#### *Belangen van het ziekenhuis en/of patiënten*

Het Scheidsgerecht acht het aannemelijk dat poliklinische patiënten uit het adherentie gebied van het ziekenhuis er voor zullen kiezen om voor laagcomplexere zorg geholpen te worden in de kliniek. Deze patiënten zullen niet afwachten totdat zij dezelfde behandeling kunnen verkrijgen in het ziekenhuis. Het garanderen van snelle(re) toegang voor deze patiënten tot deze laagcomplexere zorg is ook uitdrukkelijk één van de doelen van de kliniek. Concurrentie met het ziekenhuis, met name wat betreft de wachttijden, wat betreft deze zorg is daarmee een gegeven. Het ziekenhuis heeft gesteld dat deze concurrentie de (financiële) positie van het ziekenhuis kan schaden, en daarmee uiteindelijk de goede patiëntenzorg in gevaar kan brengen.

De Maatschap heeft daartegenover gesteld dat de kliniek (ook) patiënten van buiten het adherentie gebied van het ziekenhuis zal aantrekken. Van die groep patiënten zal structureel een gedeelte naar het ziekenhuis worden doorverwezen, waardoor de kliniek het ziekenhuis geen financiële schade zal berokkenen en zelfs het tegendeel het geval zal zijn. Deze door de maatschap gestelde positieve neveneffecten zijn echter door de maatschap niet aangetoond noch aannemelijk gemaakt.

Het Scheidsgerecht is daarom van oordeel dat het ziekenhuis zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat met het verlenen van de gevraagde toestemming de belangen van het ziekenhuis en/of de patiënten kunnen worden geschaad.

De Maatschap heeft nog betoogd dat de belangen van de chirurgen meebrengen dat toestemming dient te worden verleend. Daarbij is met name gewezen op de beperkt beschikbare OK-tijd in het ziekenhuis, waardoor de chirurgen op korte termijn niet meer de verplichte volumina kunnen realiseren, welke moeten worden gerealiseerd om geregistreerd te kunnen blijven als vakbekwaam in een deelspecialisme. De chirurgen hebben voorts aangegeven bevreesd te zijn voor het niet van de grond komen van de endovasculaire chirurgie.

Het Scheidsgerecht erkent wel dat er ook belangen van de chirurgen zijn gemoeid maar vindt dat daarvoor primair een oplossing moet worden gezocht binnen (de organisatie) van het ziekenhuis.

#### *Patiëntenbelang*

De Maatschap heeft zich tot slot beroepen op het patiëntenbelang. Met de oprichting van de kliniek wordt beoogd de kwaliteit van de zorg te verbeteren. Er zal volgens de maatschap sprake zijn van een verbetering van de dienstverlening aan de eerste lijn door een snellere toegang voor patiënten met een laagcomplexe zorgvraag te garanderen.

Ook dit betoog wijst het Scheidsgerecht van de hand. Het gaat hier om het belang van een beperkte groep patiënten, terwijl het ziekenhuis verantwoordelijk is voor de goede patiëntenzorg in den brede. De Stichting heeft er voor te waken dat niet alleen de groep patiënten met laagcomplexe zorg goed wordt bediend, al dan niet poliklinisch, doch ook de patiënten met een meer complexe zorgvraag, die moeten worden opgenomen en/of zware behandelingen in het ziekenhuis moeten ondergaan. Deze meer complexe zorg is kostbaar. Het ziekenhuis moet ervoor zorgen dat daartoe de financiële middelen beschikbaar zijn. Het “weglekken” van de poliklinische laagcomplexe zorg naar klinieken, welke zorgverlening uit financieel oogpunt aantrekkelijk is, kan er toe leiden dat het ziekenhuis in een financieel nadeliger situatie komt te verkeren, hetgeen noch in het belang van het ziekenhuis, noch in het belang van de patiëntenzorg in den brede is.

#### *Het kartelverbod*

De Maatschap heeft tevens aangevoerd dat artikel 4.1 van de toelatingsovereenkomst in strijd is met het kartelverbod van de Mededingingswet. Het ziekenhuis heeft volgens de maatschap de toestemming (of liever gezegd het onthouden daarvan) gebruikt om concurrerende activiteiten tegen te houden.

Het Scheidsgerecht deelt deze opvatting niet, omdat artikel 4.1 van de toelatingsovereenkomst niet de strekking heeft de mededinging te beperken, maar om de belangen van het ziekenhuis en/of de patiënten te beschermen. Een tot het ziekenhuis toegelaten specialist kan bij het aangaan van de overeenkomst bedingen dat hij ook elders als zodanig werkzaam mag zijn. Voor zover hij dat niet heeft gedaan, dient artikel 4.1 ertoe te toetsen of werkzaamheden elders de belangen van het ziekenhuis en die van de daar verleende patiëntenzorg kunnen schaden. Overigens staat het de medisch specialist vrij de toelatingsovereenkomst met het ziekenhuis op te zeggen. Daarmee is de belemmering om in de kliniek werkzaam te zijn van de baan. Artikel 4.1 van de toelatingsovereenkomst kan daarom niet worden aangemerkt als een verboden overeenkomst als bedoeld in artikel 6 van de Mededingingswet.

#### *Misbruik economische machtspositie*

Voorts zou de Stichting misbruik maken van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet, omdat toelating als specialist slechts mogelijk is onder voorwaarde dat de toelatingsovereenkomst wordt ondertekend. Specialisten hebben een klinische setting nodig en kunnen derhalve alleen in een kliniek werken die in de nabijheid van hun woonplaats is gelegen, aldus de Maatschap.

Het Scheidsgerecht is van oordeel dat de Maatschap haar stelling dat de Stichting over een economische machtspositie beschikt als bedoeld in artikel 1, sub i, Mededingingswet, omdat de chirurgen voor 60% afhankelijk zijn van een klinische setting niet voldoende met feitelijke gegevens heeft onderbouwd. Met de Stichting is het Scheidsgerecht overigens van oordeel dat de relevante geografische markt niet beperkt is tot de vestigingsplaats van het ziekenhuis en de directe woonomgeving. Ook dit betoog faalt.

#### *Eindoordeel*

Het Scheidsgerecht wijst de vordering van de maatschap af. De vordering van het ziekenhuis wordt toegewezen, met dien

verstande dat het Scheidsgerecht de chirurgen ieder afzonderlijk beveelt haar of zijn werkzaamheden in de kliniek te staken en gestaakt te houden. Aan dit bevel is een dwangsom gekoppeld.

De ratio achter deze bepaling in de (model) toelatingsovereenkomst is dat de introductie van gereguleerde marktwerking in de zorg met 'vrije prijzen' in het B-segment mogelijkheden biedt om bepaalde vormen van medisch specialistische zorg ook buiten het ziekenhuis aan te bieden. Dit brengt echter tevens bedrijfseconomische risico's voor ziekenhuizen met zich mee. Ziekenhuizen die investeren in apparatuur en infrastructuur voor dit type zorg (B-segment) willen voorkomen dat specialisten, of zelfs een heel specialisme vertrekt, waardoor patiënten deze zorg elders betrekken en het ziekenhuis met desinvesteringen achterblijft.

Vroeger was de algemeen aanvaarde gedachte dat ziekenhuizen en medisch specialisten samen een groot geïntegreerd zorgbedrijf moesten zijn. Dat zorgbedrijf kreeg jaarlijks een budget voor de medisch-specialistische zorg voor de omgeving. Het was wettelijk niet mogelijk om deze zorg buiten de bestaande ziekenhuizen op te zetten. Met andere woorden: ziekenhuizen en medisch specialisten moesten er altijd met elkaar wat van zien te maken. In dat kader is het Scheidsgerecht ontstaan: een instantie die snel geschillen kon beslechten, met als belangrijke functie het waarborgen van de continuïteit van zorg. Omdat er geen alternatieven waren, betekende dit in de praktijk altijd: zorgen dat het ziekenhuisbedrijf kan blijven doorfunctioneren zoals het altijd deed.

Door de introductie van marktwerking in de zorg is de situatie echter drastisch veranderd. En toch doet het Scheidsgerecht uitspraak alsof er niets is veranderd. Een ziekenhuisdirectie kan nog altijd een initiatief van vrijevestigde specialisten proberen tegen te houden, louter omdat het concurrerend zou kunnen zijn voor het bestaande ziekenhuis. Dit staat haaks op de uitgangspunten van het nieuwe zorgstelsel: het aanwakkeren van concurrentie om zodoende zorgaanbieders te prikkelen de kwaliteit en doelmatigheid van de zorg te verhogen.

## B. Non-concurrentiebeding in maatschapsovereenkomsten.

Vrijgevestigde medisch specialisten zijn doorgaans per specialisme verenigd in een maatschap.

Essentie van een maatschap is dat de maten iets inbrengen, met het doel het voordeel dat daaruit voortvloeit gezamenlijk te delen. Ze kunnen arbeid, geld, goederen of goodwill inbrengen. Daarnaast is een maatschap ook een vereiste om te kunnen werken in een ziekenhuis. In de model toelatingsovereenkomst is namelijk de bepaling opgenomen dat medisch specialisten van hetzelfde erkende medisch specialisme uitsluitend in maatschapverband met elkaar de praktijk (in het ziekenhuis) kunnen uitoefenen.

De onderlinge afspraken worden vastgelegd in een maatschapsovereenkomst. Deze overeenkomsten kennen vrijwel altijd een non-concurrentiebeding. Dit beding krijgt betekenis op het moment dat een maat uittreedt en zijn praktijkdeel overdraagt aan een nieuwe (toetredende) maat of aan de blijvende maten. De maatschapsovereenkomst bepaalt dan meestal dat het de uitredende maat verboden is zich gedurende een bepaalde periode als specialist te vestigen of als specialist betrokken te zijn bij een (soortgelijke) praktijk binnen een bepaalde cirkel met als middelpunt de maatschapspraktijk. Van oudsher wordt die 'bepaalde tijd' en die 'bepaalde cirkel' vrij ruim ingevuld. Niet zelden wordt een termijn van 5 of 10 jaar gehanteerd. De modelmaatschapsovereenkomst van de Orde van Medisch Specialisten noemt als voorbeeld een termijn van 5 jaar. Met betrekking tot de territoriale beperking van het non-concurrentiebeding noemt dit model een cirkel met een straal van 10 of 20 kilometer met als middelpunt het ziekenhuis. In de praktijk wordt echter dikwijls een veel ruimere geografische reikwijdte gehanteerd, soms een straal van maar liefst 50 of zelfs 100 kilometer.

Ook hier kan het Mededingingsrecht relevant zijn, maar vaak komt de NMa of de rechter niet toe aan een inhoudelijke toetsing van het non-concurrentiebeding aan het kartelverbod van artikel 6 Mw, omdat de omzetrempel niet wordt gehaald. Het kartelverbod geldt namelijk niet voor (onder meer) overeenkomsten waarbij niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken en de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar niet hoger is dan € 1.100.000 Euro.

Zie bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Arnhem in een geschil tussen twee plastisch chirurgen die tezamen een maatschap vormden en waarvan één van hen wilde uittreden en het voornemen had om een nieuwe praktijk in plastische chirurgie te gaan beginnen op 20 km afstand van het ziekenhuis waarmee zij als maatschap een overeenkomst hadden. (zaaknummer/rolnummer: 135459 / KG ZA 05-791; 9 januari 2006).

Als de omzetzwaai wel wordt gehaald vindt in voorkomend geval toetsing aan het kartelverbod plaats. Dat kan forse consequenties hebben; een contractueel beding dat in strijd is met het kartelverbod is niet alleen nietig; het kan ook tot hoge boetes leiden.

#### **Caraat; Besluit NMA, 21 april 2011**

Zo waren twee thuiszorginstellingen, Stichting Vierstroom en Stichting Careyn Zuwe Aveant - in het kader van de ontvlechting van een samenwerkingsverband - een non-concurrentiebeding overeengekomen op grond waarvan de ene thuiszorginstelling ervan afzag de andere thuiszorginstelling in haar werkgebied te beconcurreren. De NMa oordeelde dat deze afspraak een overtreding inhoudt van artikel 6 Mededingingswet, omdat er sprake is van geografische marktverdeling. Aan beide stichtingen werd een forse boete – van meer dan 1 miljoen euro - opgelegd.

Op dit moment zal het voor maatschappen van medisch specialisten niet snel zo'n vaart lopen.

Maar dit kan snel veranderen. De laatste jaren ontstaan namelijk steeds meer stads- of regiomaatschappen. Hierbij vormen de medisch specialisten die in hetzelfde medisch specialisme werkzaam zijn niet per ziekenhuis een maatschap, maar per stad of zelfs per regio. Hoofdredeën om een maatschap van één specialisme over meerdere ziekenhuizen aan te gaan, zijn volgens de OMS<sup>11</sup>: behoud en verbetering van de kwaliteit van de medisch specialistische gezondheidszorg, functieplanning waardoor bepaalde functies slechts in enkele ziekenhuizen/locaties worden aangeboden, specifieke deskundigheid van medisch specialisten.

---

<sup>11</sup> Zie

<http://orde.artsennet.nl/belangenbehartiging/vrijberoep/maatschap-en-vennootschap/Stads-of-regionale-maatschap-1.htm>

Vooralsnog blijft deze ontwikkeling buiten het gezichtsveld van de NMa. Dat komt vooral doordat er geen contractuele relatie bestaat tussen de (ze) maatschap en het ziekenhuis; het ziekenhuis sluit een overeenkomst met de individuele medisch specialist. Maatschappen zijn bovendien geen partij in de overeenkomsten met zorgverzekeraars bij de zorginkoop; dat is immers het ziekenhuis.

Al met al hebben maatschappen dus weinig te vrezen van de NMa. Hoe dit in de toekomst zal zijn, is afhankelijk van de wijze waarop de relatie tussen (vrij gevestigd) medisch specialisten en ziekenhuizen zich verder zal ontwikkelen. Meerdere richtingen zijn denkbaar:

- einde van de vrije vestiging; medisch specialisten kiezen voor dienstverband (zie KPMG-studie). Deze richting lijkt minder waarschijnlijk, gegeven de grote waarde die (veel) medisch specialisten hechten aan 'vrij ondernemerschap'. Nog altijd is het overgrote deel van de medisch specialisten vrij gevestigd;
- vrij gevestigde medisch specialisten worden (mede)eigenaar van het ziekenhuis; het GMSB krijgt vorm zoals het destijds door commissie Biesheuvel bedoeld was<sup>12</sup>;
- vrij gevestigde medisch specialisten desintegreren en ontwikkelen zich tot (echte) fiscale ondernemers en ondernemingen. In dit geval is zeer wel denkbaar dat de relatie kantelt: het ziekenhuis wordt facilitair bedrijf; de medisch specialisten worden de nieuwe contractspartners van zorgverzekeraars. Zorgverzekeraars kopen zorg in bij maatschappen. Deze ontwikkeling maakt het ook mogelijk dat de maatschap (dan: vennootschap) zelf specialisten in dienstverband heeft (vgl. de grote advocatenkantoren en adviesbureaus). Als deze ontwikkeling doorzet krijgen we te maken met grote maatschappen die in een stad of regio

---

<sup>12</sup> Hoewel met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet - en de intrekking van de Ziekenfondswet - formeel-juridisch een einde is gekomen aan het GMSB, zijn de contractuele relaties tussen medisch specialisten en ziekenhuizen nog wel geënt op het uitgangspunt van (volledige) integratie van medisch specialist en ziekenhuis. In de praktijk levert dit de nodige spanningen op, vooral omdat medisch specialisten wel invloed hebben maar formeel geen verantwoordelijkheid dragen voor het reilen en zeilen van het ziekenhuis.

een economische machtspositie innemen, waardoor nauwelijks concurrentie van betekenis overblijft. In dat geval rest uitsluitend het AMM-instrumentarium van de NZa om op te treden wanneer misbruik wordt gemaakt van de aldus ontstane aanmerkelijke marktmacht.

### **Conclusies**

1. Een belemmering voor de ontwikkeling van spreiding van zorg wordt gevormd door de non-concurrentiebedingen in de toelatingsovereenkomst tussen medisch specialist en ziekenhuis en in maatschapsovereenkomsten. Non-concurrentiebedingen dienen ter bescherming van bestaande organisaties. Hoewel non-concurrentiebedingen als zodanig niet in strijd zijn met het mededingingsrecht, zijn ze in de praktijk veelal qua tijdsduur en geografische reikwijdte (te) ruim ingevuld. Dit vormt een forse belemmering van de gewenste ontwikkelingen specialisatie en concentratie. Wil men deze ontwikkelingen stimuleren dan is het noodzakelijk dat NVZ en OMS het non-concurrentiebeding in de model-toelatingsovereenkomst clausuleren, conform de wijze waarop dit beding in het bedrijfsleven gehanteerd wordt. Ook de maatschapsovereenkomsten van vrij gevestigde medisch specialisten dienen in overeenstemming te worden gebracht met de gangbare praxis in het bedrijfsleven.
2. Er is geen antwoord vanuit het mededingingsrecht op de ontwikkeling van stads- en regiomaatschappen van medisch-specialisten. Of dit in de toekomst een risico oplevert voor de mededinging, is afhankelijk van de wijze waarop de relatie tussen medisch specialist en ziekenhuis zich verder ontwikkelt. Het is niet ondenkbaar dat de relatie tussen medisch specialist en ziekenhuis 'kantelt', waarbij de maatschap contractpartij van de zorgverzekeraar wordt en het ziekenhuis facilitair bedrijf. De vorming van stads- en regiomaatschappen dient dan ook nauwgezet te worden gevolgd.



## 4 Samenwerkingsvormen tussen zorgverzekeraars en tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.

### 4.1 Inleiding

In het zorgstelsel is een belangrijke rol weggelegd voor zorgverzekeraars. Zij worden geacht door middel van selectieve zorginkoop de wijze waarop en richting waarin het zorgaanbod zich ontwikkelt te sturen. Hun handelen kan daarmee bepalend zijn voor de vraag of en zo ja, in hoeverre deconcentratie en specialisatie van medisch specialistische zorg gestalte krijgt. Daarom is het van belang in deze studie ook aandacht te besteden aan samenwerking tussen zorgverzekeraars en tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.

### 4.2 Gezamenlijke minimum volumenorren

Zorgverzekeraars hebben in het nieuwe zorgstelsel de rol van zorginkoper. Zij beslissen dan ook waar zij inkopen. Daarmee is het in beginsel aan zorgverzekeraars om d.m.v. selectieve zorginkoop te bepalen welk ziekenhuis zich waarin kan specialiseren. Op dit moment hebben zorgverzekeraars wegens gebrek aan voldoende substantiële kwaliteitsnormen nog relatief weinig in handen om selectieve zorginkoop waar te maken.

In dit verband kan bij zorgverzekeraars de wens opkomen om gezamenlijk minimum volumenorren te ontwikkelen. Als dit vrijblijvende adviesnormen zijn, waar individuele verzekeraars naar eigen inzicht van af kunnen wijken, stuit dit niet op mededingingsrechtelijke bezwaren. Dit beperkt namelijk niet de ruimte voor verzekeraars om zich op prijs en kwaliteit van elkaar te onderscheiden en is daarom toegestaan. Als de verzekeraars echter met elkaar dwingende normen afspreken ligt dit anders. Dit is niet toegestaan omdat het de concurrentie tussen verzekeraars kan belemmeren.

### 4.3 Gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars

Een ander probleem is dat zorgverzekeraars veelal huiverig zijn om selectief in te kopen, vooral uit vrees voor imagoscha-

de. Selectief inkopen impliceert namelijk ook dat sommige ziekenhuizen of delen daarvan niet (meer) worden gecontracteerd en dat maakt veel emoties los, vooral bij de lokale bevolking en politiek. Illustratief daarvoor is de commotie die is ontstaan n.a.v. het initiatief van zorgverzekeraar CZ om borstkankerchirurgie niet meer bij alle ziekenhuizen in te kopen.

Deze angst speelt vooral waar het spoedeisende zorgvoorzieningen betreft. Daar komt bij dat in één gebied/regio doorgaans meerdere zorgverzekeraars actief zijn, die wellicht verschillende voorkeuren hebben als het gaat om de vraag waar zij SEH inkopen. Om die reden heeft zorgverzekeraar Uvit onlangs een plan uitgewerkt waarmee het aantal SEH's drastisch kan worden teruggesnoeid en grote besparingen zijn te realiseren. Het idee is dat zorgverzekeraars de aanbesteding van SEH gezamenlijk uitvoeren.

Als verzekeraars gezamenlijk moeten bepalen welk ziekenhuis voortaan de zorg mag leveren om te kunnen garanderen dat het ziekenhuis aan door de IGZ noodzakelijk geachte volumenormen kan voldoen is dit volgens de NMa toegestaan. Als verzekeraars individueel voldoende behandelingen in kunnen kopen om te kunnen garanderen dat het ziekenhuis aan de door IGZ noodzakelijk geachte volumenormen kan voldoen, moet de samenwerking worden beoordeeld als 'gezamenlijke inkoop'. Of het gezamenlijk optreden van verzekeraars is toegestaan, hangt af van de invloed die de gezamenlijke inkoop heeft op de werking van de zorgverzekeringsmarkt. In beginsel zal de NMa niet optreden tegen mogelijke inkoopmacht van de verzekeraars omdat de voordelen die worden behaald met de inkoop worden doorgegeven aan patiënten/verzekerden (tenminste als de zorgverzekeringsmarkt goed functioneert en verzekeraars met elkaar concurreren).

Als de gezamenlijk ingekochte zorg een groot deel van de kosten van de verzekeraars uitmaken, kan de goede werking van de zorgverzekeringsmarkt echter in het gedrang komen. Verzekeraars kunnen zich dan niet meer van elkaar onderscheiden op basis van de hoogte van de premie en de inhoud van de polis. Hoewel de NMa nog geen zienswijze heeft ontwikkeld lijkt zij het standpunt te huldigen dat gezamenlijke inkoop van SEH is toegestaan, omdat SEH geen groot deel van de kosten van verzekeraars uitmaken en zij op dit deelterrein van de zorg niet met elkaar kunnen concurreren.

#### 4.4 Verticale integratie

Samenwerking tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders komt in de praktijk reeds voor, maar is omstrede. Op verzoek van de vorige minister van VWS heeft de NZa de bestaande samenwerkingsvormen in kaart gebracht en aangegeven welke gevolgen dit heeft voor de concurrentie en keuzevrijheid voor de consument. Uit deze analyse komt naar voren dat verticale integratie in verschillende vormen voorkomt. Het zwaartepunt ligt daarbij op de samenwerking met eerstelijns zorgaanbieders – met name gezondheidscentra – en apothekers. Verticale integratie komt nauwelijks voor bij medisch-specialistische zorg. De NZa signaleert voorts dat er belangrijke voordelen kunnen zijn van verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Daarbij gaat het om een prikkel om te investeren en lagere transactiekosten. Daarnaast wijst de NZa ook op eventuele negatieve effecten, met name het risico van verticale uitsluiting. Dit houdt in dat concurrerende ziekenhuizen en/of zorgverzekeraars van de markt worden buitengesloten. Verticale integratie kan dus zowel positieve als negatieve gevolgen voor consumenten hebben.

Eerder is door Tweede Kamerleden een motie ingediend over het niet toestaan van fusies van zorgverzekeraars en zorgaanbieders<sup>13</sup>. In het inleidende deel van de motie wordt gesteld dat de ‘onafhankelijke inkooprol van de zorgverzekeraars [...] door verticale integratie in het gedrang komt’. Volgens oud minister Klink heeft verticale integratie niet tot gevolg dat de betrokken zorgverzekeraar per definitie geen inkopen meer mag of wil doen buiten de verticale organisatie waartoe hij behoort. Zo zal het voor de verzekeraar over het algemeen irrationeel zijn om geen zorg meer in te kopen bij zorgaanbieders die kwalitatief beter en/of efficiënter zijn maar geen onderdeel uitmaken van de verticaal geïntegreerde organisatie. Het niet meer inkopen bij niet geïntegreerde zorgaanbieders zal er immers toe leiden dat verzekerden niet meer bij hun geprefereerde zorgaanbieder terecht kunnen en als gevolg daarvan mogelijk overstappen naar een concurrerende zorgverzekeraar.

De Tweede Kamer heeft vervolgens de regering verzocht verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders te verbieden. De hierop ingestelde Commissie verticale integratie tussen zorg-

---

<sup>13</sup> Motie Zijlstra/Van der Veen; kamerstuk 32 123 XVI, nr. 46

verzekeraars en zorgaanbieders (commissie Baarsma) had tot taak te onderzoeken in hoeverre een wettelijk verbod op verschillende vormen van verticale integratie noodzakelijk en proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid in de zorg. De commissie is tot de conclusie gekomen dat een wettelijk verbod niet noodzakelijk en niet proportioneel is. De voornaamste argumenten daarbij zijn:

- Er is geen reden om aan te nemen dat het huidige toezichtkader niet toereikend is of niet adequaat wordt toegepast om de effecten van verticale integratie, waaronder de effecten op kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, af te wegen;
- Het staat thans niet vast dat de concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt en/of de concurrentie op de zorgverleningsmarkt dermate ineffectief is dat alle verticale integratie in zijn algemeenheid per saldo nadelig is voor consumenten (verzekerden en patiënten). Een verbod op verticale integratie in de zorg is dan ook niet doelmatig en snijdt de weg af naar verticale integratie die per saldo positief kan uitpakken voor de consument;
- Het is niet waarschijnlijk of aannemelijk dat verticale integratie de keuzevrijheid van consumenten onacceptabel beperkt. Bovendien zijn er verschillende wettelijke waarborgen die dat kunnen voorkomen;
- Een algemeen integratieverbod is niet effectief omdat het op diverse manieren is te ontwijken en omdat het de werkelijke problemen op de zorgmarkt niet aanpakt;
- Een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders is onhaalbaar wegens strijd met de communautaire verdragsverplichtingen, in het bijzonder de bepalingen ten aanzien van vrij verkeer van kapitaal en van diensten, vrijheid van vestiging en schadeverzekeringsrichtlijnen.

De huidige minister van VWS stelt zich op een ander standpunt. Zij wil een algeheel verbod op verticale integratie, omdat dit kan leiden tot verkeerde inkooprikkels bij de verzekeraar. Zo moet geborgd zijn dat de zorgverzekeraar bij de zorginkoop nieuwe initiatieven onbevooroordeeld tegemoet treedt.

Dit standpunt sluit aan bij de systematiek van het nieuwe zorgstelsel, waarin duidelijk te onderscheiden rollen zijn toebedeeld aan zorgaanbieders, zorgverzekeraars en de overheid. Dit stelsel steunt op het uitgangspunt dat zorgaanbieders en zorgverzekeraars met elkaar moeten onderhandelen over volume, prijs

en kwaliteit van zorg. Hierdoor ontstaat onderlinge concurrentie tussen zorgaanbieders en tussen zorgverzekeraars, die beiden dingen om de gunst van de patiënt. Wanneer zorgaanbieders en zorgverzekeraars gezamenlijk optrekken ontstaat rolvermenging en belangenverstrengeling. Het betekent bovendien dat er geen level playing field (meer) is.

Toch gaat een algeheel verbod op verticale integratie stellig te ver, nog afgezien van de juridische belemmeringen. Eén van de veronderstellingen die aan het nieuwe zorgstelsel ten grondslag ligt is dat er (meer dan) voldoende aanbod van zorg is. Dit is helaas niet (meer) in heel Nederland het geval. Dit probleem doet zich met name voor in zgn. krimpregio's. In die situaties kan verticale integratie uitkomst bieden, temeer daar zorgverzekeraars aldus aan hun zorgplicht kunnen voldoen.

Bovendien voorkomt het concentratietoezicht dat verticale integratie plaatsvindt in die situaties waar regionaal sprake is van zodanige marktverhoudingen dat voor een geïntegreerde organisatie wel de mogelijkheid en de prikkel zou ontstaan om bijvoorbeeld niet geïntegreerde zorgaanbieders uit te sluiten en daarmee de keuzevrijheid en de concurrentie significant zou belemmeren. Het wettelijke kader biedt daarnaast nog een additionele waarborg. De NZa heeft de mogelijkheid om zorgaanbieders en zorgverzekeraars die over aanmerkelijke marktmacht beschikken, op individuele basis verplichtingen op te leggen, waaronder ook contracteverplichtingen.

#### 4.5 Conclusies

1. Het criterium dat de NMa hanteert om gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars te beoordelen is dubieus. Zij stelt dat dit gezamenlijk optrekken is toegestaan indien de ingekochte functie geen groot deel uitmaakt van de kosten van zorgverzekeraars. Het is echter de vraag of de invloed van de inkoop van specifieke zorgfuncties op het concurrerend vermogen van zorgverzekeraars één op één kunt afmeten aan het aandeel van de kosten van die functie in de gehele zorgverzekeringsportefeuille. Zo is de SEH-functie vaak ook letterlijk de toegangspoort tot andere functies in het ziekenhuis (vervolgbehandeling). Het al dan niet kunnen behouden van een SEH-functie is daarmee medebepalend voor het behoud van andere zorgfuncties. Daarmee biedt de inkoop van SEH bij uitstek een

mogelijkheid voor zorgverzekeraars om met elkaar te kunnen concurreren.

2. Een algeheel verbod op verticale integratie voert te ver. Vooral in regio's waar onvoldoende zorgaanbod is (krimpregio's) kan verregaande samenwerking tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars uitkomst bieden. Het huidige mededingingsrechtelijke kader biedt bovendien voldoende waarborgen om negatieve effecten van verticale integratie te redresseren.

## 5 Eindconclusies en suggesties voor aanbevelingen aan de Raad

### 5.1 Eindconclusies

1. Het mededingingsrecht biedt in beginsel ruimte voor samenwerking die bijdraagt aan de kwaliteit, betaalbaarheid en/of bereikbaarheid van de zorg, maar verbiedt afspraken die de marktwerking verder beperken dan noodzakelijk is voor de realisatie van deze doelstellingen.
2. De noodzaak om deconcentratie van zorg enerzijds en specialisatie/concentratie van medisch specialistische zorg anderzijds te versnellen brengt met zich mee dat samenwerking tussen zorgaanbieders geïntensiveerd moet worden. Hierdoor neemt de spanning met het mededingingsrecht toe.
3. Hoewel samenwerkingsafspraken tussen zorgaanbieders primair ten doel hebben de kwaliteit van de zorg te verhogen, kunnen ze tevens tot beperking van de mededinging leiden. Dit is op grond van de Mededingingswet verboden, tenzij aangetoond wordt dat de betreffende afspraak bijdraagt tot verbetering van de productie of distributie, dan wel een technische of economische vooruitgang oplevert; de voordelen van deze afspraken in belangrijke mate ten goede komen aan de afnemers (patiënten); de concurrentie niet verder wordt beperkt dan strikt noodzakelijk is en er voldoende restconcurrentie overblijft.
4. De bewijslast daarvan ligt bij de zorgaanbieders. Het bewijs is echter moeilijk te leveren wegens gebrek aan (publieke) kwaliteitsnormen en uitkomstmaten. De minimum volumina normen die thans in ontwikkeling zijn, zijn (nog) onvoldoende substantieel en vormen bovendien een ‘ondergrens’.
5. Het alternatief – het bevorderen van deconcentratie en specialisatie (en de daartoe noodzakelijke samenwerking/netwerkvorming tussen zorgaanbieders) door zorgverzekeraars o.g.v. selectieve inkoop past beter binnen het mededingingsrechtelijk kader, maar wordt (eveneens) bemoeilijkt door het gebrek aan (publieke) kwaliteitsnormen.
6. Al met al dreigt een patstelling te ontstaan. Om hieruit te komen lijkt de introductie van een ‘samenwerkingseffect-rapportage’ aangewezen.

7. Om de gewenste ontwikkelingen te versnellen zijn vanuit mededingingsrechtelijke optiek nog andere maatregelen noodzakelijk. Deze worden in de volgende paragraaf uitgewerkt.

## 5.2 Suggesties voor aanbevelingen aan de Raad

1. Publieke kwaliteitsnormen zijn een conditio sine qua non voor de versnelling van deconcentratie en specialisatie. De totstandkoming daarvan heeft de hoogste prioriteit.
2. Zorgaanbieders moeten de omvang van de efficiëntievoordelen van ketenzorg zo goed mogelijk kwantificeren, zodat deze – in voorkomend geval – kunnen worden afgewogen tegen (eventuele) nadelige effecten van de keten op de mededinging.
3. Teneinde een einde te maken aan de onzekerheid over de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden ziekenhuizen afspraken met elkaar mogen maken over specialisatie en concentratie van zorg, is de introductie van een ‘samenwerkingseffectrapportage’ aangewezen. In deze rapportage dienen zorgaanbieders die samenwerkingsafspraken willen maken aan de hand van de gestelde voorwaarden voor vrijstelling van het kartelverbod - onderbouwd aan te geven welke effecten deze afspraken zullen hebben op de publieke belangen. Deze rapportage wordt beoordeeld door de NZa en mondt uit in een oordeel van de NZa, waarin zij aangeeft of aan de gestelde voorwaarden voor vrijstelling is voldaan. Indien de NZa van oordeel is dat de effecten nadelig (kunnen) zijn voor de publieke belangen, geeft de NZa advies over hoe deze negatieve effecten zijn te voorkomen of te beperken. In het samenwerkingsprotocol tussen NZa en NMa dient hiertoe te worden vastgelegd dat de NMa bij toetsing (achteraf) van de samenwerkingsafspraken aan het kartelverbod, het oordeel van de NZa vraagt en (in beginsel) volgt.
4. De wijze waarop de NMa geografische zorgmarkten afbaken is omstreden. Dit vormt ook een probleem voor de NZa, die de vaststelling van aanmerkelijke marktmacht (en daarmee een evt. besluit om tegen de betreffende onderneming op te treden) moet baseren op een op grond van de beginselen van het algemeen mededingingsrecht afgebakende markt. Het verdient aanbeveling dat NMa en NZa gezamenlijk richtlijnen opstellen en publiceren over



- de precieze wijze waarop in voorkomende gevallen geografische zorgmarkten zullen worden afgebakend.
5. De NVZ en OMS dienen het non-concurrentiebeding in de model-toelatingsovereenkomst te clausuleren, conform de wijze waarop dit beding in het bedrijfsleven gehanteerd wordt. Ook de maatschapsovereenkomsten van vrij gevestigde medisch specialisten dienen in overeenstemming te worden gebracht met de gangbare praxis in het bedrijfsleven.
  6. De vorming van stads- en regiomaatschappen dient goed te worden gevolgd.
  7. De minister van VWS dient haar voornemen om een geheel verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders in de wet op te nemen te mitigeren.
  8. De politiek dient zich te (her)bezinnen op de vraag of marktwerking en het daarbij horende mededingingsstoezicht onder alle omstandigheden geschikt en toereikend zijn om de gewenste ontwikkelingen te stimuleren. Vooral een heroriëntatie op één van de pijlers onder het nieuwe zorgstelsel is aangewezen: meer aanbod/aanbieders is niet altijd beter (SEH) en niet altijd realistisch (krimpregio's). Kies voor een gedifferentieerde aanpak, bepaal wat de overheidstaak ter zake is en maak dit kenbaar. Wijs hiertoe zo nodig aan onder welke omstandigheden vormen van medisch specialistische zorg aangemerkt moeten worden als “diensten van algemeen (economisch) belang”, zodat een versoepeling van de toepassing van het mededingingsrecht mogelijk is.