



## Wie is de echte marktmeester in de zorg; de IGZ, de NMa of toch de NZa?

Mr. Yvonne A. Maasdam<sup>1</sup>

De Zeeuwse ziekenhuizen in Midden-Zeeland mogen na drie jaar eindelijk fuseren. De NMa gaf op 25 maart jl. daarvoor toestemming.<sup>2</sup> Dit besluit van de NMa heeft verreikende precedentwerking en is om meerdere redenen opvallend. Ten eerste heeft de NMa de door de IGZ aangevoerde publieke belangen feitelijk zwaar laten meewegen bij de beoordeling van de fusie en heeft zij, naar het zich laat aanzien, niet enkel gekeken naar de economische effecten van de beoogde fusie. Ten tweede heeft de NMa voor het eerst een door partijen aangevoerd efficiëntieverweer in een besluit beoordeeld en (hoewel onder zeer beperkende voorwaarden) geaccepteerd. Ten derde heeft de NMa uitgebreid onderzoek laten doen naar mogelijke alternatieve samenwerkingsvormen. Ten slotte heeft de NMa vergaande gedragsvoorschriften opgelegd waarbij zij op de stoel van de andere markttoezichthouder – de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) – lijkt te zijn gaan zitten. Door dit besluit is het toezicht op de zorgsector er niet duidelijker op geworden. De vraag dringt zich op wie nu de echte marktmeester is in de zorgsector.

Publieke belangen en het efficiëntieverweer  
Wat was er aan de hand? In Midden-Zeeland (Walcheren, Noord- en Zuid-Beveland) wilden de twee bestaande ziekenhuizen met elkaar fuseren om een hoger niveau aan zorg te kunnen aanbieden. Volgens de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) was deze fusie zelfs noodzakelijk om te voorkomen dat op enig moment één of beide ziekenhuizen niet meer de basisziekenhuisvoorzieningen kon(den) aanbieden.<sup>3</sup> Sinds het financiële debacle van de IJsselmeerziekenhuizen lijkt in de politiek dergelijke 'algemene' ziekenhuiszorg te worden bestempeld als publiek belang, wat impliceert dat ook niet-acute zorg binnen handbereik moet zijn. Hoewel die politieke geest nergens expli-

ciet bij wet of anderszins in regelgeving is vastgelegd<sup>4</sup> – en in juridische zin dus een loze kreet lijkt – gaat de NMa in het Zeeuwse ziekenhuisbesluit uit van de publieke functie van algemene ziekenhuiszorg.

De kern van het besluit van de NMa lijkt gevormd te worden door het oordeel van de IGZ dat vanuit het publieke belang van kwaliteit van de zorg de fusie doorgang moest vinden, teneinde te waarborgen dat basisziekenhuiszorg – die voldoet aan de door de IGZ te bepalen minimum kwaliteitseisen – in de regio Midden-Zeeland behouden blijft. Dit, ondanks de door de NMa verwachte negatieve economische effecten van de beoogde fusie,<sup>5</sup> met alle

<sup>1</sup> Co-auteur van dit artikel is Mr dr Jan-Koen J.M. Sluijs, advocaat te Den Haag bij GMW Advocaten.

<sup>2</sup> Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 25 maart 2009, zaak 6424, Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen.

<sup>3</sup> Ibidem, randnummers 40 t/m 49.

<sup>4</sup> Uitgebreid over deze materie, J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs, De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt, preadvies VGR 2009. Zie ook Raad van State, advies over fusietoezicht in de zorg, april 2009.

<sup>5</sup> Ibidem, randnummer 97.

gevolgen van dien voor andere publieke belangen zoals de betaalbaarheid en toegankelijkheid (in de vorm van bereikbaarheid) van de zorg.

Op de keper beschouwd vormt het besluit feitelijk een weging van de verschillende publieke belangen in de zorg, zonder dat er sprake is van een helder (economisch) onderbouwd toetsingskader. De NMa heeft deze toetsing uitgevoerd in het kader van het door partijen aangevoerde efficiëntieverweer, maar het is de vraag of een dergelijk toetsingskader voldoende handvatten biedt om verschillende publieke belangen tegen elkaar af te wegen. Bovendien is het bij gebrek aan een helder normenkader inzake de invulling van de publieke belangen kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg zeer arbitrair hoe de verschillende publieke belangen gemeten en vergeleken moeten worden. Hoe heeft de NMa bijvoorbeeld de achteruitgang van de bereikbaarheid van de zorg in Midden-Zeeland vergeleken met de vermeende vooruitgang van de kwaliteit van de zorg?<sup>6</sup> Het besluit bevat op dit punt hiaten. Sterker nog, de NMa geeft zelf in het besluit aan dat de minister van VWS nog ondergrenzen ofwel minimumnormen moet opstellen ten aanzien van bepaalde veiligheidsnormen voor kwaliteit en bereikbaarheid van zorg.<sup>7</sup> Het is dan ook de vraag hoe de NMa tot de conclusie heeft kunnen komen dat de beoogde fusie tussen de twee Zeeuwse ziekenhuizen efficiëntieverbeteringen teweeg zal brengen, zonder de minimumnorm te kennen ten opzichte waarvan die verbetering kan worden vastgesteld. Bovendien is deze toetsing, zo die al heeft plaatsgevonden, niet economisch

onderbouwd. De NMa steunt ter zake volledig op de adviezen van de IGZ en de NZa.<sup>8</sup>

In het besluit verwijst de NMa naar de door de Europese Commissie opgestelde Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies,<sup>9</sup> waarin de drie vereisten voor een succesvol beroep op het efficiëntieverweer zijn opgenomen; de efficiëntieverbeteringen moeten (i) ten goede komen aan de afnemers (ii) specifiek uit de fusie voortvloeien en (iii) verifieerbaar zijn. In het besluit geeft de NMa aan dat naar haar mening niet voldaan is aan het eerste en derde vereiste, waarna de betrokken ziekenhuizen gedragsremedies hebben aangeboden. Ook hier ontbreekt een gedegen economische onderbouwing, wat op zich niet verbazingwekkend is vanwege het ontbreken van een helder normenkader op basis waarvan efficiëntieverbeteringen kunnen worden gekwantificeerd en worden gemeten en vergeleken. De NMa verlaat zich daarom 'gedwongen' opnieuw in hoge mate op het advies van de IGZ en heeft zekerheidshalve gedragsremedies afgedwongen.<sup>10</sup>

Wat zo bijzonder is aan dit besluit is dat de NMa voor het eerst in haar beschikkingspraktijk een efficiëntieverweer heeft geaccepteerd, terwijl volgens de NMa op voorhand niet vaststaat dat de beoogde fusie überhaupt efficiëntieverbeteringen teweeg zal brengen die evident zullen opwegen tegen de verwachte negatieve mededingingseffecten op de markt. Vandaar dat de Zeeuwse ziekenhuizen gedragsremedies hebben (moeten) aanbieden ten einde te waarborgen dat de vermeende efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk zullen worden gerealiseerd.

6 Zie ook, M.F.M. Canoy en W. Sauter, 'Ziekenhuisfusies en publieke belangen', M&M april 2009, nr. 2, p. 57.

7 Ibidem, randnummers 108 t/m 110 waarin de NMa verwijst naar de brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer van 27 juni 2008 'Kiezen voor bereikbaarheid en kwaliteit van zorg'.

8 Ibidem, randnummers 106 tot en met 111.

9 PbEG 2004, C-31/17.

10 Ibidem, randnummers 112 en 113.

seerd. De aangeboden remedies zien dus niet op het wegnemen van de door de NMa gesignaleerde mededingingsbezwaren, zoals te doen gebruikelijk is bij het aanbieden van remedies, maar op het daadwerkelijk realiseren van de vermeende efficiëntieverbeteringen. Daarmee heeft de NMa naar onze mening de mededingingsrechtelijke toets bij fusietoezicht in ruime mate opgerekt. De vraag is of de NMa niet te ver is gegaan. Het lijkt erop dat de NMa de 'vermeende' publieke belangen zwaarder heeft laten wegen dan de belangen van een gezonde concurrentiesituatie op de zorgmarkt die uiteindelijk óók de zorgconsument ten goede komt, namelijk in termen van bijvoorbeeld de bereikbaarheid en keuze van de zorg.

Als de NMa overigens echt ervan overtuigd was dat er publieke belangen in het geding waren (en die bij het weigeren van de fusie in het gedrang zouden zijn gekomen) dan had de zijde de fusie op grond van de Mededingingswet waarschijnlijk niet eens mogen weigeren. Artikel 41, lid 3 Mw bepaalt immers uitdrukkelijk dat een fusie tussen ondernemingen die zijn belast met een zogenoemde dienst van algemeen economisch belang (in niet-juridisch jargon: een publieke dienst of belang), alleen kan worden geweigerd als de taakvervulling van die publieke dienst niet in gevaar komt. En daarvan leek nu – in ieder geval volgens de IGZ – juist sprake te zijn als de fusie zou worden geweigerd. Toegegeven zij echter dat het vooralsnog niet duidelijk is in hoeverre ziekenhuizen zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang.<sup>11</sup>

#### Alternatieve samenwerkingsvormen – het kartelverbod

Wat verder opvalt is dat de NMa in het kader

van het onderzoek naar het tweede vereiste voor een succesvol beroep op het efficiëntieverweer (merger specificity), onderzoek heeft laten verrichten naar mogelijke alternatieve oplossingen voor de problemen van de ziekenhuizen, zoals samenwerking op bepaalde onderdelen of een betere taakverdeling (specialisatie). Dat de NMa zulk onderzoek heeft laten verrichten is verbazingwekkend, omdat het kartelverbod vergaande beperkingen stelt aan samenwerking tussen concurrenten. Zeker als sprake is van zeer hoge marktaandelen zoals in dit geval. Specialisatie zal dan bijvoorbeeld hetzelfde effect hebben als marktverdeling. De NMa heeft gek genoeg in het besluit niet aan dat eventueel alternatieve samenwerkingsarrangementen altijd getoetst moeten worden aan het kartelverbod van artikel 6 Mw. Sterker nog, de NMa lijkt zelf de onderzochte samenwerkingsvormen niet te hebben getoetst aan het kartelverbod.

Dit, terwijl de NMa vorig jaar nog hoge boetes heeft opgelegd aan zorginstellingen in 't Gooi en Kennemerland die specialisatieafspraken in het kader van ketenzorg hadden gemaakt als alternatief voor het aangaan van een fusie.<sup>12</sup> De NMa kwam toen tot het oordeel dat de betrokken instellingen de markt onderling verdeeld hadden aangezien ze activiteiten aan elkaar hadden overgedragen. Volgens de NMa was het gevolg van deze afspraken dat cliënten worden beperkt in hun keuzevrijheid, terwijl het de bedoeling van de geldende regelgeving is om cliënten in staat te stellen mee te beslissen over de inhoud en de aanbieder van hun zorg.

De NMa had in haar besluit tenminste aandacht moeten schenken aan het toetsingskader (kartelverbod) van samenwerkingsafspraken tussen concurrenten, en niet de suggestie

<sup>11</sup> Ibidem voetnoot 5.

<sup>12</sup> Besluiten van de Raad van Bestuur van de NMa van 19 september 2008, zaak 5851, Thuiszorg 't Gooi en zaak 6108, Kennemerland.

moeten wekken dat samenwerkingsafspraken zonder meer een alternatief kunnen vormen voor fusies. De NMa had hier de broodnodige guidance moeten geven, juist in een sector waar sprake is van een prisoners dilemma namelijk gehoor geven aan de oproep van de overheid om tegelijkertijd te concurreren én samen te werken met andere (concurrerende) zorginstellingen.

Wat bovendien opvalt is dat de NMa in de Zeeuwse ziekenhuiszaak niet of nauwelijks aandacht besteedt aan de beperking van de keuzevrijheid van de Zeeuwen ten aanzien van ziekenhuiszorg door de fusie, terwijl het beperken van de keuzevrijheid in de thuiszorgsector één van de belangrijkste redenen vormde voor het opleggen van een hoge boete.<sup>13</sup> De vraag dringt zich op of de NMa hier niet met twee maten meet, of is de NMa van mening dat de zorgbelangen in de verzorgende sector (care) anders van aard zijn dan in de curatieve zorg?

#### Gedragsvoorschriften

In navolging van de IGZ vindt de NZa de fusie ook noodzakelijk, maar zij heeft wel ernstige bedenkingen bij onder meer de betaalbaarheid en bereikbaarheid van de dan ontstane basiszorg. De NZa meent daarom dat aan de fusie beperkende voorschriften moeten worden verbonden. Daarentegen voorspelden de twee grootste zorgverzekeraars in de regio, CZ en Uvit met respectievelijk 60% en 15% marktaandeel, geen problemen ten aanzien van de prijs en toegang tot de basiszorg. Zij meenden het fusieziekenhuis in onderhandelingen te kunnen

disciplineren. Voor veel zorgverleners is dit geen nieuws, want zij beklagen zich al jaren over de inkoopmacht van zorgverzekeraars. De NMa heeft hun klachten echter altijd resoluut afgewezen.<sup>14</sup> Het verbaast dus niet dat de NMa ook nu volhardend is en de stelling van de verzekeraars onvoldoende aannemelijk acht. De NMa wijst op het bestaan van de wettelijke zorgplicht – alsof de verzekeraars zich daar niet zelf bewust van zijn – en neemt de verzekeraars tegen hun zin in, in bescherming. Met dit apodictische standpunt verschaft de NMa zich echter de vrijheid om de beperkende voorschriften op te leggen.

Om drie redenen zijn de gedragsvoorschriften inhoudelijk bijzonder en ingrijpend. In de eerste plaats zijn het gedragsvoorschriften waartoe in beginsel alleen de NZa – als marktregulator – bevoegd is. De Wet marktordening gezondheidszorg biedt immers de NZa de wettelijke bevoegdheid ook de tarieven van de vrij onderhandelbare zorg (B-segment) te reguleren c.q. te maximeren.<sup>15</sup> Verder geldt in het fusietoezicht het opleggen van gedragsregels eerder als uitzondering dan als regel. Om een fusie ondanks de daardoor optredende marktmacht toe te laten, worden meestal structuurvoorschriften voorgesteld, zoals het afstoten van bepaalde bedrijfsactiviteiten. De NMa heeft hier niet voor gekozen, ondanks het daartoe strekkende advies van de NZa. Het zou beter zijn geweest als de NMa de fusie gewoon had goedgekeurd – weigeren leek immers geen optie vanwege de publieke belangen die in het gedrang zouden komen – en dat de NZa desgewenst de zorgtarieven van het fusiezie-

<sup>13</sup> Zie ook NMa-magazine, 'NMa beschermt keuzevrijheid cliënten thuiszorg, gebiedsbescherming kan niet door de beugel', april 2009, nr. 1, p. 14 en 15.

<sup>14</sup> Bijvoorbeeld Besluit van 13 juli 2007, zaak 5166, Nederlandse Vereniging van Mondhygiënist (NVM) vs. Menzis en Besluit van 31 mei 2006, zaak 5142, Het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie (KNGF) vs. Achmea, Agis, CZ en VGZ.

<sup>15</sup> Zie ook M. Snoep, D. Schrijvershof en Chamalaun, 'Zorgfusies getoetst', M&M april 2009, nr. 2, p. 70.

kenhuis in het B-segment zou maximeren op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg. Dan was de taakverdeling tussen de NMa en NZa zuiver gebleven.

In de tweede plaats zou het maximeren van de tarieven door de NZa voor bepaalde tijd hebben gegolden. Nu geldt het prijsvoorschrift voor onbepaalde tijd, en dus ook voor die zorg die straks tot het B-segment wordt toegelaten. Thans gaat het om 34% van de zorg, maar over enkele jaren wellicht 70%. Het Zeeuwse fusieziekenhuis doet met de marktwerking dus eenvoudigweg niet meer mee en kwalificeert zich daarmee ironisch genoeg als 'staatsziekenhuis'.

In de derde plaats is het prijsvoorschrift bijzonder omdat het maar de vraag is of de gemiddelde prijs van de Nederlandse ziekenhuiszorg (B-segment), die als basis dient voor de maximumprijs voor het Zeeuwse fusieziekenhuis, eerlijk en nauwkeurig is vast te stellen. Het is een publiek geheim dat de minister van VWS de maatstafconcurrentie vorig jaar opschortte juist vanwege dit probleem.<sup>16</sup> Bovendien is het denkbaar dat die gemiddelde prijs hoger blijkt te liggen dan de prijs die de verzekeraars zouden hebben onderhandeld met het fusieziekenhuis als deze niet aan dit prijsvoorschrift zou zijn gebonden.

#### Conclusie

Door dit besluit is het toezicht op de zorgsector er niet duidelijker op geworden. De vraag dringt zich op wie nu de echte marktmeester is in de zorgsector. De IGZ lijkt in dit specifieke geval een leidende en doorslaggevende stem te

hebben gehad. De vraag is echter waarom, want de IGZ geeft enkel een oordeel over de kwaliteit van de zorg. Hiermee dient zij weliswaar een publiek belang, maar zeker niet het enige. Zo kan de IGZ niet de toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg beoordelen, en is zij niet geëquipeerd een oordeel te vormen over marktwerking en de economische effecten van fusies tussen zorginstellingen.<sup>17</sup> In deze zaak is de rol van de NMa ook atypisch. De NMa profileert zich in dit besluit namelijk feitelijk als de marktmeester in de zorg. Als een soort arbiter lijkt zij de verschillende publieke belangen te hebben gewogen, zonder daadwerkelijk onderzoek te hebben verricht naar de economische effecten van de beoogde fusie.<sup>18</sup> Het had toch op z'n minst voor de hand gelegen dat de NMa bijvoorbeeld economisch onderzoek had laten verrichten naar de vraag of schaalvergroting in dit geval überhaupt efficiëntieverbeteringen kan opleveren. Naar onze mening had de NMa moeten blijven bij haar eigen leest en zich moeten toeleggen op een oordeel over de mededinging. En de weging van publieke belangen, zoals toegankelijkheid en betaalbaarheid van – door de IGZ kwalitatief beoordeelde – zorg over moeten laten aan de NZa, die hiervoor het beste – en wettelijk – is geëquipeerd.

<sup>16</sup> Brief van de minister van VWS van 28 mei 2008, TK 2007-2008, 29 248, nr. 47.

<sup>17</sup> Zie ook, M.F.M. Canoy en W. Sauter, 'Ziekenhuisfusies en publieke belangen', M&M april 2009, nr. 2, p. 59.

<sup>18</sup> Zie in dit verband het artikel 'Door het publiek belang is in de zorg mededinging niet heilig', in het Financieele Dagblad van maandag 27 april 2009, waarin Pieter Kalbfleisch aangeeft dat de NMa met de adviezen van de NZa en de IGZ in de hand een afweging heeft moeten maken tussen de publieke belangen.