

**1184 KARTELWAAKHOND HOUDT ACTIEF TOEZICHT IN DE ZORGSECTOR;
ZIEKENHUIZEN ZIJN GEWAARSCHUWD**

Y.A.Maasdam¹

1 Inleiding

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft gedurende een aantal jaren de zorg als prioriteitsector aangewezen. Dit houdt in dat deze sector onder verscherpt toezicht staat van de NMa en zij extra alert is, om mogelijke overtredingen van de Mededingingswet (Mw) te detecteren. In deze bijdrage wordt het handhavingsbeleid van de NMa geschetst en wordt ingegaan op de belangrijkste mededingingsrechtelijke do's en don'ts, toegespitst op de ziekenhuissector.

2 Offensief handhavingsbeleid van de NMa in de zorgsector

Voor veel zorgorganisaties blijft het mededingingsrecht weerbarstige materie. Dat heeft een maatschappelijk ongewenst effect: angst en onzekerheid bij zorgorganisaties rond de toepassing van mededingingsregels zetten een rem op zorginnovatie en gewenste vormen van samenwerking, zoals ketenzorg en spreiding en concentratie van ziekenhuiszorg.² Deze angst wordt gevoed door het feit dat de NMa er niet voor terugdeinst haar sanctiebevoegdheden in te zetten in de zorgsector. De zorg is al gedurende zes jaar als prioriteitsector aangewezen door de NMa. In de jaren 2008-2009 was de focus van de handhaving van de NMa voornamelijk gericht op de thuiszorgsector.³ Het verscherpte handhavingsbeleid van de NMa heeft in de thuiszorgsector onder meer geleid tot vijf boetebesluiten, waarbij boetes zijn opgelegd variërend van 314.000 euro tot ruim vier miljoen euro.⁴ De ziekenhuissector is door de Raad van Bestuur van de NMa expliciet als prioriteitsector aangewezen in de NMa Agenda 2010-2011.⁵ Daarnaast worden in de zorgsector de deelsectoren farmacie en zorgverzekeringen als aandachtsvelden genoemd in de Agenda 2010-2011. Ten aanzien van deze prioritaire deelgebieden in de zorgsector is in de Agenda 2010-2011 het volgende opgenomen.

Het aantal samenwerkingsverbanden tussen ziekenhuizen neemt toe. De NMa houdt de komende jaren scherp in de gaten of deze samenwerkingsverbanden de mededinging niet ongewenst beperken. Ook zal zij zich verder verdiepen in de farmaceutische sector. Het recent gepubliceerde sectoronderzoek van de Europese Commissie is daarbij een belangrijke bron van kennis.

1. Yvonne Maasdam is advocaat/partner bij Maasdam Mededingingsadvocaten in Rijswijk.
2. Ketenzorg wordt kort gezegd multidisciplinair georganiseerd en als één product aangeboden. Bij ketenzorg werken dus verschillende zorgaanbieders samen rondom een patiënt.
3. Zie NMa Agenda 2008, p. 30, beschikbaar op de website van de NMa (www.nmanet.nl).
4. De NMa heeft in een persbericht van 29 april 2011 bekendgemaakt dat de thuiszorgsector niet langer prioriteitsector is vanwege de positieve ontwikkelingen waarbij de thuiszorgondernemingen laten zien dat zij belang hechten aan eerlijke concurrentie.
5. Zie NMa Agenda 2010-2011, p. 16 en 17.

De blik is tevens gericht op de zorgverzekeraars. De laatste jaren heeft de NMa, onder meer door rondetafelgesprekken in de sector, veel aandacht besteed aan de relatie tussen zorgverzekeraars en individuele zorgaanbieders bij de contractonderhandelingen. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is dat inkoopmacht in beginsel geen mededingingsrechtelijk probleem oplevert, zolang er op de zorgverzekeringsmarkt voldoende concurrentie tussen zorgverzekeraars bestaat waar verzekerden van profiteren. De NMa zal erop toezien dat de concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt niet wordt beperkt door collectief mededingingsbeperkend gedrag van zorgverzekeraars.

In de ziekenhuissector heeft de NMa in 2010 invallen gedaan bij het VUmc (medisch centrum van de Vrije Universiteit) en het AMC (Academisch Medisch Centrum). Dit onderzoek heeft uiteindelijk geresulteerd in het toezeggingenbesluit Amsterdamse Ziekenhuiszorg dat in december 2010 is vastgesteld.⁶ Dit besluit vormt een belangrijk precedent waarin de NMa duidelijke grenzen stelt aan informatie-uitwisseling binnen de ziekenhuissector.

In de farmaceutische sector is momenteel een onderzoek van de NMa en de Europese Commissie gaande naar gedragingen van een groot farmaceutisch bedrijf. Het onderzoek van de NMa zou zich volgens de berichtgeving alleen richten op misbruik van de positie op de markt voor maagzuurremmers, terwijl de Europese Commissie breder onderzoek doet naar farmaceutische bedrijven en de verkoop van geneesmiddelen.⁷ Dit onderzoek raakt de ziekenhuissector ook, aangezien ziekenhuizen belangrijke afnemers zijn van medicijnen, die worden gebruikt bij de behandeling van patiënten in het ziekenhuis. Een groot aantal ziekenhuizen heeft een vragenlijst gekregen in het kader van dit onderzoek.

Niet alleen zorgaanbieders zijn voorwerp van NMa-onderzoek (geweest) maar ook diverse brancheverenigingen in de zorgsector. In 2010 heeft de NMa een onverwacht bedrijfsbezoek uitgevoerd bij diverse kantoren van de Landelijke Huisartsenvereniging (LHV). De NMa heeft in een persbericht aangegeven dat de LHV wordt verdacht van het mogelijk onderling verdelen van patiënten en het belemmeren van huisartsen die actief willen worden in een bepaalde regio. De LHV heeft inmiddels een boete gekregen voor het verbreken van de verzegeling tijdens het bedrijfsbezoek. De resultaten van het onderzoek zijn nog niet bekend. Verder heeft de NMa in 2004 vier brancheverenigingen van beroepsbeoefenaars in de geestelijke gezondheidszorg en twee brancheverenigingen van tandtechnici beboet vanwege het geven van prijsadviezen.⁸ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) heeft het boetebesluit ten aanzien van de Landelijke Vereniging van Eerstelijnspsychologen (LVE), het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP) en de Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten (NVVP) uiteindelijk vernietigd vanwege het feit dat de NMa onvoldoende economisch onderzoek had gedaan naar de marktomstandigheden.⁹

6. Besluit NMa d.d. 31 december 2010, zaaknummer 6895, Ziekenhuiszorg Amsterdam.

7. De Europese Commissie heeft in 2005 al een keer een boete opgelegd van zestig miljoen euro aan AstraZeneca wegens misbruik van een machtspositie onder meer in Nederland ten aanzien van het middel Losec (zaaknummer COMP/A.37-507/F3). Het Gerecht van de Europese Commissie heeft in het arrest van 1 juli 2010 (zaak T-321/05) het besluit van de Commissie grotendeels bevestigd.

8. Besluit NMa d.d. 26 april 2004, LVE, NIP, NVVP, NVP, zaaknummer 3309 en besluit NMa d.d. 26 april 2004, Nederlands Tandtechnisch Genootschap, zaaknummer 3310.

9. Uitspraak van het Cbb d.d. 6 oktober 2008, LVE, NIP, NVVP vs. NMa, LJN:BF8820.

Deze uitspraak is overigens van wezenlijk belang voor de beoordeling van alle sanctiebesluiten die de NMa in de zorgsector heeft genomen en waartegen beroep is aangetekend. Zo heeft de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (BAC) in haar advies in zaak 5851 Thuiszorg 't Gooi en in zaak 6108 Thuiszorg Kennemerland aangegeven dat de NMa onvoldoende economisch contextonderzoek had gedaan en zij raadt aan dit onderzoek alsnog uit te voeren, juist omdat het hier gaat om een markt in transitie. De NMa heeft in haar besluiten op bezwaar in genoemde zaken het advies van de BAC naast zich neergelegd met de stelling dat het uitgevoerde economisch onderzoek afdoende zou zijn.¹⁰ Het Hof van Justitie en het Gerecht van de Europese Unie¹¹ hebben overigens ook geoordeeld dat juist markten die relatief nieuw en sterk in beweging zijn economisch zorgvuldig moeten worden geanalyseerd, om het marktgedrag van de ondernemingen in de juiste context te kunnen plaatsen.¹²

De offensieve opstelling van de NMa heeft al diverse keren geleid tot het stellen van Kamervragen. Een belangrijke vraag die is gesteld is of het uitdelen van boetes in de zorgsector een positieve bijdrage levert aan de borging van de publieke belangen: toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg.¹³ Deze vraag is tot nu toe door de verantwoordelijke bewindslieden niet echt beantwoord. Zij wijzen er alleen maar op dat het maken van kartelafspraken, zoals marktverdeling en prijsafspraken, verboden is en dat de NMa toezicht moet houden op de naleving van de Mededingingswet.¹⁴ In deze bijdrage zal vooral nader worden ingegaan op de toepassing van het kartelverbod door de NMa.

3 Marktwerking in de ziekenhuissector en de rol van de NMa

3.1 Visiedocument ziekenhuissector

Op 22 januari 2004 heeft de NMa, na consultatie van belanghebbenden, het Visiedocument 'Concurrentie in de ziekenhuissector' (hierna: Visiedocument ziekenhuissector) vastgesteld.¹⁵ Hierin concludeert de NMa kort samengevat dat de Mededingingswet van toepassing is op de ziekenhuissector aangezien de context waarin ziekenhuizen en andere aanbieders van ziekenhuiszorg vanaf 1 januari 2003 opereren, ruimte biedt om te concurreren. De NMa komt tot deze conclusie omdat naar haar mening alle aanbieders van ziekenhuiszorg in belangrijke mate vrij zijn in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm en kwaliteit van de door hen aangeboden zorg. Door de invoering van DBC's (diagnosebehandelingcombinaties) in het B-segment wordt het bovendien mogelijk te concurreren op

10. Zie besluit op bezwaar van 21 oktober 2010 in zaak 6108, en besluit op bezwaar van 21 oktober 2010 in zaak 5851.
11. Zie o.m. arrest van het Gerecht EU d.d. 27 september 2006, zaak T-168/01 (GlaxoSmithKline/Commissie), r.o. 109-110 en r.o. 118-120.
12. Zie arrest van het Gerecht EU d.d. 2 mei 2006, zaak T328/03, (Oz t. Commissie) r.o. 116.
13. Zie onder meer Kamervragen zonder antwoord, 2011Z09696, Tweede Kamer (vragen van het lid Leijten (SP) aan de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie over de door de Nederlandse Mededingingsautoriteit opgelegde miljoenenboete aan thuiszorginstellingen). Naar aanleiding van de boetes die in 2008 zijn opgelegd aan vijf thuiszorginstellingen heeft een spoeddebat in de Tweede Kamer plaatsgevonden.
14. Vgl. de brief d.d. 2 oktober 2008 van staatssecretaris Bussemaker aan de Tweede Kamer inzake NMa-besluiten thuiszorg. TK 2008-2009, 23 235, nr. 82.
15. *Starr*, 2004, nr. 15.

prijs.¹⁶ Verder wijst de NMa in dit document naar toekomstige regelgeving, zoals de invoering van de Zorgverzekeringswet, de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en de Wet herziening overeenkomstenstelsel, waardoor aanbieders van ziekenhuiszorg nog meer vrijheid en ruimte krijgen om te concurreren.

Het Visiedocument ziekenhuissector markeert een belangrijk moment, namelijk het moment waarop de Mededingingswet van toepassing is verklaard op de ziekenhuissector. Het Visiedocument vormt ook het fundament voor het toezicht- en handhavingsbeleid van de NMa.¹⁷ Kern van de visie van de NMa is dat naarmate er meer vrijheden komen, het van belang is dat de door de wetgever gecreëerde ruimte niet wordt opgevuld door mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen. De NMa ziet het als haar kerntaak hierop toe te zien. Tegelijkertijd geeft de NMa aan dat zij bij de handhaving van de Mededingingswet in de ziekenhuissector rekening zal houden met de transitieperiode waarin de sector zich bevindt en de beperkingen die deze specifieke markten in transitie eigen is.

Na vaststelling van het Visiedocument ziekenhuiszorg is er in de wet- en regelgeving steeds meer ruimte gecreëerd om te concurreren, al blijft de ruimte beperkt door het relatief strakke reguleringskader dat geldt in de ziekenhuissector. Deze toenemende ruimte om te concurreren zet de NMa echter aan om nog strikter en alerter toezicht uit te oefenen en indien nodig handhavend op te treden. De (voormalig) voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa heeft dit nog eens benadrukt in zijn speech tijdens het symposium 'Ziekenhuiszorg en Markttoezicht' van de NMa, de NZa (Nederlandse Zorgautoriteit) en de NVZ vereniging van ziekenhuizen.¹⁸

Dit zal zeker naar verwachting de komende jaren blijven gelden, gelet op de plannen van het huidige kabinet om een forse stap te zetten naar introductie van nog meer marktwerking in de ziekenhuiszorg. Volgens deze plannen gaat voor ongeveer zeventig procent van de behandelingen in de ziekenhuiszorg vrije prijsvorming gelden. De huidige grote hoeveelheid zorgprestaties (DBC's) wordt vervangen door een kleiner en transparanter systeem (DBC's op weg naar transparantie (DOT)-zorgprestaties). De inzet van het kabinet is om in twee jaar tijd (2012 en 2013) een overgang te maken naar een eindmodel van belonen naar prestatie, vrije prijsvorming, keuzevrijheid en dynamiek. In de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) worden waarborgen ingebouwd in de vorm van een beschikbaarheidsbijdrage, zodat wordt voorkomen dat ziekenhuizen als gevolg van de overgang van budgetnaar prestatiebekostiging in financiële problemen komen.¹⁹ Het kabinet beoogt hiermee beter inzicht te creëren in kosten en behandelresultaten, waardoor naar verwachting de kwaliteit van – en innovatie in – de zorg aanzienlijk zal toenemen.

16. Randnummer 119 van het Visiedocument ziekenhuissector.

17. De inwerkingtredingsdatum van de Visiedocumenten Ziekenhuiszorg en AWBZ-zorg worden door de NMa in haar handhavingsbesluiten als startpunt van de vermoede overtredingen aangemerkt. Zie bijvoorbeeld toezeggingsbesluit ziekenhuiszorg Amsterdam.

18. Zie randnummer 4 van de speech Pieter Kalbfleisch d.d. 28 januari 2011, beschikbaar op de website van de NMa.

19. Wetsvoorstel aanvulling instrumenten bekostiging Wmg (TK 2010-2011, 32 393).

In hoofdlijnen omvatten de plannen van het kabinet de volgende punten:

- In 2012 gaat de ziekenhuissector over op zeventig procent vrije prijsvorming.
- De bestaande ziekenhuisbudgetten worden afgeschaft. Ziekenhuizen stappen over van circa dertigduizend DBC's naar ongeveer 3.600 DOT-zorgprestaties.
- Gedurende twee jaar (2012 en 2013) wordt met een 'transitiebedragmodel' gewerkt, waarbij ziekenhuizen compensatie ontvangen wanneer zij door de overgang van budget naar prestatiebekostiging met al te grote schommelingen in hun omzet worden geconfronteerd.
- De risicodragendheid van verzekeraars wordt vergroot. Om ervoor te zorgen dat verzekeraars scherper op prijs, kwaliteit en volume (aantal behandelingen) gaan inkopen, worden de huidige achterafcompensaties in de periode 2012-2015 geleidelijk afgeschaft.
- Voor het geval er ondanks bovenstaande afspraken toch de komende jaren sprake is van overschrijdingen, wordt er een macrobeheersingsinstrument geïntroduceerd in de Wet marktordening gezondheidszorg, in de vorm van een omzethelling achteraf.

Tevens is het kabinet van plan om in 2013 winstuitkering mogelijk te maken waardoor privaat kapitaal kan worden aangetrokken door zorginstellingen. Zoals opgemerkt zal de NMa naar verwachting de ziekenhuissector de komende jaren nauwlettend monitoren of de door de wetgever gecreëerde ruimte niet wordt opgevuld door mededingingsbeperkende gedragingen van ziekenhuizen en brancheverenigingen in de ziekenhuissector.

3.2 Richtsnoeren voor de zorgsector

Bij een strikt handhavingsbeleid is het ook van groot belang dat voor marktpartijen duidelijk is waar de mededingingsrechtelijke grenzen liggen en welke afspraken wel en niet zijn toegestaan. De NMa heeft door de vaststelling van de Richtsnoeren voor de zorgsector (hierna: de Richtsnoeren) getracht aanknopingspunten te geven voor wat mededingingsrechtelijk wel en niet toelaatbaar is, rekening houdend met de beperkingen van de zorgmarkt in transitie. De oude Richtsnoeren, die in 2002 zijn vastgesteld en eind 2007 werden aangepast, boden echter niet de gewenste transparantie en *guidance* voor zorgsector. In hun brief van 9 juli 2009 getiteld 'Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning'²⁰ deden de (voormalig) minister en staatssecretaris van VWS een oproep aan de NMa om meer transparantie te bieden over welke samenwerkingsvormen wel en welke niet zijn toegestaan. Mede naar aanleiding van deze oproep heeft de NMa in de zomer van 2009 een consultatieronde gehouden die moest leiden tot aanpassingen van de Richtsnoeren voor de zorgsector, waardoor meer *guidance* zou worden gegeven ten aanzien van de mededingingsrechtelijke grenzen aan samenwerking binnen de zorgsector. Uiteindelijk heeft de NMa in maart 2010 de aangepaste Richtsnoeren voor de zorgsector gepubliceerd.²¹ De grootste wijziging ten opzichte van de versie uit 2007 is dat er meer voorbeelden zijn opgenomen. Zo wordt ingegaan op specialisatieovereenkomsten, afspraken over onderhandelingen via een zorgmakelaar, zorg in nieuwe gebieden en dunbevolkte gebieden en ketenzorg. De

20. Zie <http://www.minvws.nl/kamerstukken/mc/2009/ruimte-en-rekenschap-voor-zorg-en-ondersteuning.asp>.

21. Stcrt 2010, nr. 3824. Een beknopte versie van de Richtsnoeren is in de vorm van een brochure uitgebracht in juni 2010, onder de naam: *Samenwerken en concurreren in de zorgsector*. De brochure is beschikbaar op de website van de NMa.

meeste samenwerkingsvormen werden ook al in de versie van 2007 besproken, maar door de uitbreiding van de voorbeelden wordt iets meer duidelijkheid verschaft. Er blijven echter nog veel vragen onbeantwoord. Dit komt mede door het feit dat de Richtsnoeren gebaseerd zijn op de generieke Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale en horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de beschikkingenpraktijk, die gebaseerd zijn op ervaringen in andere economische sectoren en niet in de zorgsector. Daardoor wordt onvoldoende rekening gehouden met zorgspecifieke economische omstandigheden en de publieke belangen die gemeoid zijn bij de levering van zorgproducten.

De NMa lijkt uit te gaan van de perceptie dat marktwerking in de zorg per definitie leidt tot een betere prijs-kwaliteitverhouding en dat de consument hier als eindafnemer altijd van profiteert,²² al onderkent de NMa ook dat samenwerkingsverbanden een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de kwaliteit van de zorg.²³ De NMa staat in principe dan ook positief tegenover samenwerking in de zorgsector als die nodig is om de kwaliteit, efficiëntie en innovatie in de sector te vergroten. De voordelen van de samenwerking moeten wel ten gunste komen van de eindgebruiker, de patiënt en/of verzekerde. Probleem daarbij is dat het aan de betrokken ondernemingen is om dat te bewijzen en de NMa in de Richtsnoeren onvoldoende handvatten biedt in welke gevallen aan deze bewijslast is voldaan.

De dubbele boodschap van de NMa wordt het beste geïllustreerd door de persberichten die de NMa in de eerste helft van 2011 uitbracht naar aanleiding van het eerdergenoemde NMa-NZa-NVZ-symposium. In een persbericht van 31 januari 2011 stelde de NMa kort gezegd dat samenwerken en specialisatieafspraken maken zijn toegestaan als patiënten daar aantoonbaar beter van worden.²⁴ In een persbericht van 2 maart 2011, waarin de NMa reageert op een artikel van Maarten Rook²⁵ waarin hij pleit voor het toekennen van een regionale regierol voor topklinische ziekenhuizen bij concentratie en spreiding van ziekenhuiszorg, laat de NMa echter een tegengesteld geluid horen:

Voor de NMa is het helder: onderlinge specialisatieafspraken waardoor de zorg bij bepaalde ziekenhuizen wordt geconcentreerd, beperken de keuzemogelijkheden voor patiënten en daarmee de concurrentie. Een gezamenlijk overleg waarin een regionale taakverdeling wordt afgesproken, valt in de regel onder het kartelverbod. De NMa is niet tegen concentratie, mits onder de regie van de zorgverzekeraars; zij zijn de vragende partij namens hun verzekerden. Door de regie te nemen kunnen verzekeraars mede bepalen welk ziekenhuis welke zorg mag aanbieden. Zo garanderen zij de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg voor hun polishouders. Uiteraard mogen ziekenhuizen ook zelfstandig bepalen of zij zich willen specialiseren. Het is dan aan de zorgverzekeraars om na te gaan hoe zij aan hun zorgplicht kunnen voldoen.

Uit het laatste persbericht blijkt duidelijk dat de NMa kiest voor een offensief handhavingsbeleid van de Mededingingswet en weinig ruimte lijkt te willen maken voor een daadwerke-

22. Randnummer 21 van de Richtsnoeren.

23. Randnummer 22 van de Richtsnoeren.

24. Zie http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Persberichten/Persberichten_2011/03-11_NMa_en_NZa_samenwerking_mag_als_patint_er_beter_van_wordt.asp

25. Het Financieel Dagblad d.d. 21 februari 2011.

lijke weging van de voordelen van samenwerkingsafspraken in termen van een toename van kwaliteit en efficiëntie van de zorgverlening tegenover de eventuele mededingingsrechtelijke nadelen van dergelijke afspraken. Dat blijkt ook uit het toezeggingsbesluit Amsterdamse Ziekenhuiszorg.²⁶ In deze zaak oordeelde de NMa dat de uitwisseling van recente DBC-informatie,²⁷ kwartaalcijfers ten aanzien van productierealisatie²⁸ en bepaalde LMR (Landelijke Medische Registratie)-gegevens²⁹ tussen een groep ziekenhuizen in de regio Amsterdam mogelijk mededingingsbeperkende gevolgen teweeg zou kunnen brengen. De ziekenhuizen hebben vervolgens een toezegging gedaan op grond van artikel 49a Mw dat zij deze gegevens, voor zover niet ouder dan twaalf maanden, niet meer zouden uitwisselen. De NMa heeft deze toezegging geaccepteerd. Uit het besluit blijkt dat de ziekenhuizen nog wel hadden betoogd dat door de uitwisseling van de gegevens de doelmatigheid en kwaliteit van zorg bevorderd werd. De NMa was echter van mening dat dit bewijs niet door de betrokken ziekenhuizen was geleverd en dat bovendien de uitwisseling niet noodzakelijk en proportioneel zou zijn omdat door middel van geaggregeerde spiegelinformatie (*benchmarking*) dezelfde effecten bereikt zouden kunnen worden.³⁰

3.3 Mededingingsrechtelijke *do's* en *don'ts*

In de Richtsnoeren worden drie categorieën afspraken onderscheiden:³¹

- 1 afspraken die bijna altijd onder het kartelverbod vallen omdat zij de mededinging beogen te beperken. Onder deze categorie vallen prijsafspraken, marktverdelingsafspraken, bepaalde aanbestedingsafspraken en collectieve boycots;³²
- 2 afspraken die meestal niet onder het kartelverbod vallen. Onder deze categorie vallen afspraken tussen ondernemingen die geen concurrenten zijn en afspraken die niet direct de mededinging raken zoals afspraken over het opzetten van elektronische netwerken en samenwerking op administratief gebied;
- 3 afspraken die mogelijk onder het kartelverbod vallen omdat ze tot gevolg kunnen hebben dat de mededinging wordt beperkt. Onder deze categorie vallen alle samenwerkingsafspraken tussen concurrerende instellingen alsmede afspraken tussen zorginstellingen die in een verticale relatie tot elkaar staan.

De afspraken die vallen in de eerste categorie worden gezien als zogenaamde *hardcore* beperkingen. De tot nu toe vastgestelde sanctiebesluiten van de NMa zijn in bijna alle gevallen gericht op deze categorie afspraken. In het kader zijn deze *hardcore* beperkingen nog eens kort samengevat.

26. Besluit van de NMa d.d. 31 december 2010, zaaknummer 6895, Ziekenhuiszorg Amsterdam.

27. Concreet ging het om informatie over 'geopende' DBC's.

28. Informatie die betrekking had op de FB-parameters.

29. Informatie over de postcode van het gebied waaruit de patiënt afkomstig is, het ziekenhuis waar de patiënt de zorg krijgt, de periode, het specialisme en de hoofd diagnose.

30. Randnummer 48 van het besluit Ziekenhuiszorg Amsterdam.

31. De NMa heeft dit weergegeven in een schema in punt 194 van de Richtsnoeren.

32. Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa, punt 248 en 256. Het kartelverbod geldt niet voor deze afspraken indien geprofitteerd kan worden van de bagatelbepalingen die zijn opgenomen in artikel 7 Mw.

Hardcore beperkingen

Prijsafspraken

In het algemeen strekken prijsafspraken tussen concurrenten, voor welk product dan of welke dienst dan ook, ertoe de mededinging te beperken. Overeenkomsten tussen concurrerende zorginstellingen die betrekking hebben op prijzen en tarieven, waartoe kortingen en toeslagen worden gerekend, vallen in de regel onder het kartelverbod.

Marktverdeling

Marktverdelingsafspraken zijn afspraken over de geografische verdeling van markten, afspraken over de verdeling van productmarkten en afspraken over de verdeling van klanten- of patiëntenstromen. Deze afspraken zijn onder artikel 6 Mw in beginsel verboden.

Gemeenschappelijke leveringsweigering

Afspraken tussen concurrerende zorginstellingen die een gemeenschappelijke levering weigering (boycot) beogen, vallen in beginsel onder het kartelverbod. Uitgangspunt van de Mededingingswet is dat iedere onderneming individueel besluit of zij aan een andere partij diensten of producten wil leveren. Een collectieve boycot of leveringsweigering is een afgestemde weigering van een groep ondernemingen om met een of meer andere ondernemingen, bijvoorbeeld leveranciers of afnemers, een overeenkomst aan te gaan.

Aanbestedingsafspraken

Als zorginkopers bij het inkopen van zorg gebruikmaken van aanbestedingsprocedures, geldt dat zorginstellingen die gaan inschrijven op de aanbesteding niet vooraf hun marktgedrag ten aanzien van de aanbesteding mogen afstemmen. Zorginstellingen moeten zelfstandig besluiten of zij inschrijven op een aanbesteding en onder welke voorwaarden zij dat doen.

Informatie-uitwisseling over toekomstig marktgedrag

Individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden die tussen concurrenten worden uitgewisseld, moeten worden beschouwd als hardcore beperkingen en worden dus in de regel als kartels beschouwd en beboet.³³ Het is dus niet toegestaan informatie te verstrekken aan concurrenten over toekomstige uitbreiding van het productievolume of over toekomstige prijzen in het B-segment.

De meeste samenwerkingsafspraken in de zorg vallen in de derde categorie. De NMa benadrukt in de Richtsnoeren vooral de potentiële nadelen van afspraken tussen zorgaanbieders voor de concurrentie, waardoor het beeld ontstaat dat samenwerken verboden is, tenzij zorgaanbieders zelf aantonen dat de voordelen opwegen tegen de nadelen. De NMa lijkt daarbij te suggereren dat mededingingsbeperkende samenwerkingsafspraken alleen zouden zijn toegestaan als zij vallen onder een van de groepsvrijstellingen die zijn vastgesteld

33. Richtsnoeren horizontalen van de Europese Commissie, randnummer 74. Zie ook Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa, randnummer 294. Zie in dit verband ook het arrest van het HvJ EU, T-Mobile Nederland, zaak C-8/08, Jurispr. 2009, p. I-4529, waar sprake was van een eenmalige uitwisseling van informatie omtrent een toekomstige korting op het dealertarief dat als hardcore overtreding werd beschouwd.

door de Europese Commissie en die op grond van artikel 12 Mw rechtstreeks van toepassing zijn in het Nederlandse mededingingsrecht.³⁴ Deze groepsvrijstellingen bevatten echter strikte toepassingsvoorwaarden, zoals marktaandeeldrempels,³⁵ waar vooral traditionele zorgaanbieders al heel snel boven zitten. Door deze benaderingswijze van de NMa in de Richtsnoeren valt een grote categorie samenwerkingsovereenkomsten in de zorg in beginsel onder het kartelverbod en moeten zorgorganisaties zelf aantonen dat de voordelen van de afspraken opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

De NMa en de NZa hebben specifiek voor ketenzorg gezamenlijk de Richtsnoeren Zorggroepen³⁶ vastgesteld, mede naar aanleiding van de oproep van het vorige kabinet om meer duidelijkheid te bieden omtrent de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van ketenzorgovereenkomsten. De Richtsnoeren Zorggroepen richten zich op de geïntegreerde eerstelijnszorg voor chronische aandoeningen zoals diabetes, hartfalen, cardiovasculair risicomanagement (CVR), COPD (chronisch obstructief longlijden), astma, obesitas en depressie. Samenvattend wordt aangegeven dat ketenzorgovereenkomsten gesloten tussen niet-concurrerende zorgaanbieders die een marktaandeel hebben van minder dan dertig procent, kunnen profiteren van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten van de Europese Commissie. Ketenzorgovereenkomsten gesloten tussen zorgaanbieders met een marktaandeel van meer dan dertig procent en ketenzorgovereenkomsten waaraan concurrerende zorgaanbieders deelnemen, dienen dus altijd individueel beoordeeld te worden.³⁷ Wat betreft de individuele toets op grond van artikel 6, derde lid, Mw is nog van belang dat de NMa aangeeft dat het erg onwaarschijnlijk is dat aan de vierde eis van artikel 6, derde lid, Mw (voldoende restconcurrentie) wordt voldaan als alle op de relevante geografische markt gevestigde aanbieders betrokken zijn bij een zorggroep. Reden daarvoor is dat er volgens de NMa dan onvoldoende keuzemogelijkheden overblijven voor cliënten. Het risico is dan volgens de NMa groot dat de voordelen van de samenwerking niet in voldoende mate terecht komen bij de patiënten of de zorgverzekeraar.³⁸ Verder vermeldt de NMa nog dat onderlinge prijsafstemming tussen concurrerende zorgaanbieders en marktverdeling niet zijn toegestaan.³⁹ Ook hier geldt dus weer dat de NMa vooral focust op toepasselijkheid van het kartelverbod en niet op de nadere invulling van de toepasselijkheid van de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.

De NMa wijst er in randnummers 224 tot en met 227 van de Richtsnoeren ook op dat mededingingsbeperkende overeenkomsten die buiten een groepsvrijstelling vallen, toelaat-

34. Het gaat hierbij om Verordening (EG) nr. 2658/2000 betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, PbEG L 304, p.5, Verordening (EG) nr. 2659/2000 betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, PbEG L 204, p.7 en Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU op groepen verticale overeenkomsten, PbEU L 102/1.

35. De Groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten geldt alleen indien de betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel hebben ten hoogste twintig procent, de Groepsvrijstelling O&O geldt alleen indien de betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel hebben ten hoogste 25 procent en de Groepsvrijstelling verticalen geldt alleen indien ieder van de betrokken partijen een marktaandeel heeft van ten hoogste dertig procent.

36. Strf. 2010, nr. 13247.

37. Zie ook brief van de minister van Economische Zaken van 22 juli 2010 inzake schriftelijk overleg over de herziene richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa, p. 13 en 14.

38. Zie Richtsnoeren Zorggroepen, punt 71.

39. Zie Richtsnoeren Zorggroepen, punt 83.

baar kunnen zijn op basis van de vereisten van artikel 6, derde lid, Mw, maar geeft ook hier weinig *guidance* onder welke omstandigheden dit het geval zou kunnen zijn. Het enige dat de NMa aangeeft is dat het moet gaan om een objectief economisch voordeel, waarbij ook kan worden gedacht aan kwaliteitsverbeteringen. Het is aan de betrokken ondernemingen om dit voordeel te bewijzen, waarbij ook moet worden bewezen dat de voordelen opwegen tegen de nadelen, een billijk deel van de voordelen wordt doorgegeven aan de afnemers en voldoende restconcurrentie overblijft op de markt. De NMa lijkt hiermee aan te geven dat mededingingsbeperkende afspraken zijn toegestaan als daarmee publieke belangen gediend zijn.

De NVZ Vereniging van ziekenhuizen heeft onlangs een brochure getiteld *Ziekenhuiszorg en markttoezicht* uitgegeven, waarin voorbeelden van samenwerkingsverbanden zijn opgenomen die mededingingsrechtelijk al dan niet zijn toegestaan.⁴⁰ Deze brochure vormt een welkome toevoeging op de Richtsnoeren, waardoor ziekenhuizen meer inzicht krijgen in de beoordeling van samenwerkingsafspraken tussen zorgaanbieders.

4 Gevolgen van overtreding van de Mededingingswet

4.1 Handhavinginstrumenten

De Mededingingswet kent een systeem van bestuursrechtelijke handhaving. In dit systeem kunnen tot vijf jaar na het begaan van een overtreding boetes opgelegd worden. De maximale boete die de NMa aan een onderneming kan opleggen wegens overtreding van het kartelverbod bedraagt tien procent van de totale concernomzet. De NMa heeft ook de mogelijkheid om een last onder dwangsom op te leggen en kan een bindende aanwijzing geven. Van het laatste instrument heeft de NMa overigens nog nooit gebruikgemaakt. De NMa neigt er snel naar om bij overtreding van de Mededingingswet naar het boete-instrument te grijpen.

Sinds 1 oktober 2007 kunnen ondernemingen en ondernemersverenigingen, in lijn met Europese regelgeving, bij de NMa een toezegging ter voorkoming of beëindiging van een mededingingsrechtelijke overtreding voorstellen. Een onderneming kan bijvoorbeeld toezeggen haar gedrag op de markt op een bepaalde manier aan te passen. Toezeggingen kunnen al plaatsvinden voordat de NMa haar rapport met bevindingen heeft gepresenteerd, maar niet meer nadat de NMa een boete heeft opgelegd. Een onderneming die al voor de presentatie van het rapport toezeggingen voorstelt, moet zorgvuldig nagaan over welke informatie de NMa zal beschikken, om te kunnen inschatten wat voor toezegging gepast is. Indien de NMa een toezegging niet accepteert, zal zij het normale traject vervolgen. Een geaccepteerde toezegging wordt vastgelegd in een toezeggingenbesluit en leidt ertoe dat de NMa geen boete oplegt en haar (kostbare) onderzoek staakt of dat er helemaal geen onderzoek wordt ingesteld. Indien de onderneming haar toezeggingen echter niet nakomt, kan de NMa alsnog een (hoge) boete opleggen.

40. Beschikbaar op de website van de NVZ (www.nvz-ziekenhuizen.nl).

4.2 Beboeting van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers

Op 1 oktober 2007 is een wijziging van de Mededingingswet in werking getreden. Een van de belangrijkste toevoegingen die de wijziging van de wet heeft bewerkstelligd, betreft de mogelijkheid van de NMa om – naast ondernemingen en ondernemingsverenigingen – opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers te bestraffen bij een overtreding van het kartelverbod of het verbod van misbruik van een economische machtspositie. De boete kan oplopen tot maximaal 450.000 euro.

Van wezenlijk belang is uiteraard de vraag wanneer sprake is van een natuurlijke persoon die tot het feit (de overtreding) opdracht heeft gegeven of die aan de verboden gedraging feitelijk leiding heeft gegeven. Het begrip 'opdracht geven' impliceert dat er een uitdrukkelijke last moet zijn gegeven – door de opdrachtgever – voor het overtreden van het wettelijke voorschrift. De situatie ligt aanzienlijk gecompliceerder voor wat betreft het begrip 'feitelijk leidinggeven'. Volgens de wetgever kan voor de uitleg van dit begrip aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht. Daarbij wordt expliciet verwezen naar de Slavenburg-arresten van de Hoge Raad, waaruit volgt dat er sprake is van iemand die feitelijk leidinggeeft aan een overtreding indien deze (i) maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en (ii) bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde verboden gedraging zich voordoet, zodat hij die gedraging bevordert.

Met name door het gebruik van het begrip 'feitelijk leidinggever' zijn het niet alleen bestuurders en directieleden van een onderneming en ondernemersvereniging die beducht moeten zijn voor een boete. In de Richtsnoeren clementie merkt de NMa in dit verband uitdrukkelijk op dat een feitelijk leidinggever feitelijk leiding kan geven aan de handeling van een ondergeschikte, maar ook feitelijk leiding kan geven aan zijn eigen kartelgedraging. Dat betekent dat het begrip feitelijk leidinggever – evenals het begrip opdrachtgever – mensen op allerlei hiërarchische niveaus binnen een onderneming en ondernemersvereniging kan omvatten.

4.3 Nietigheid van overeenkomsten

Een ander belangrijk gevolg van overtreding van het kartelverbod is dat overeenkomsten die in strijd zijn met het kartelverbod op grond artikel 6, lid 2, Mw van rechtswege nietig zijn. Zo oordeelde het Hof Den Bosch op 4 mei 2010 dat collectieve afspraken tussen ziekenhuizen over het aanname- en beloningsbeleid van zorgpersoneel niet zijn toegestaan.⁴¹ Het Hof oordeelde kort samengevat dat werkgevers in de zorg ook met elkaar concurreren op de arbeidsmarkt. De ziekenhuizen hadden onder meer afspraken gemaakt over arbeidsmarkttoeslagen en over het niet aanbieden van detachingsplaatsen gedurende twaalf maanden na uitdiensttreding van operatieassistenten en anesthesiemedewerkers. De conclusie van het Hof luidde dat deze twee afspraken de concurrentie tussen de ziekenhuizen op de arbeidsmarkt op ontoelaatbare wijze beperkten, dit mede gelet op het grote geza-

41. Gerechtshof Den Bosch, 4 mei 2010, LJN BM3366 (Samenwerkingsconvenant Ziekenhuizen).

menlijke marktaandeel van de betrokken ziekenhuizen op de arbeidsmarkt voor operatie-assistenten en anesthesiemedewerkers in Zuid-Nederland.

5. Conclusie marktwerking in de zorg en rol van de NMa

Het handhavingsbeleid van de NMa in de zorgsector kan als volgt worden samengevat: hoe meer ruimte er door de wetgever wordt gecreëerd om te concurreren, des te strenger de NMa erop toeziet dat deze ruimte niet wordt beperkt door onderlinge afspraken tussen zorgaanbieders. Zorginstellingen dienen rekening te houden met deze offensieve insteek van de NMa.

Aan de andere kant rust er ook een zware plicht op de NMa om gedegen economisch en juridisch contextonderzoek te doen bij de beoordeling van gedragingen en afspraken op markten die in transitie zijn en kan zij niet volstaan met algemene economische stellingen. Deze onderzoeksplicht is onder meer van belang in het kader van de rechtsbescherming tegen eventuele onderzoeken van de NMa in de ziekenhuissector, maar ook bij het bewerkstelligen van meer *guidance* over welke afspraken mededingingsrechtelijk wel en niet zijn toegestaan. ◀