

168. Toetsing van zorgfusies en toezicht in de zorg door ACM: hoe nu verder?

MR. D.W.L.A. SCHRIJVERSHOF EN MR. J.C. PLETTENBURG

De Autoriteit Consument en Markt ("ACM") kan het bij zorgfusies nooit goed doen, zo lijkt het. Keurt ACM zorgfusies goed, dan leidt dat tot forse kritiek¹ van de Nederlandse Zorgautoriteit ("NZa") of zelfs een procedure van patiëntenfederatie NPCF.² Verbiedt ACM een zorgfusie, dan gaan de betrokken zorgaanbieders in beroep, zo bewijst het verbod van de Dordtse ziekenhuisfusie.³ De positie van ACM bij toetsing van zorgfusies staat niet alleen onder druk maar gaat ook veranderen. De zorgspecifieke fusietoets en het aanmerkelijke marktmacht ("AMM")-instrument van de NZa worden als het aan minister Schippers ligt per 1 januari 2017 overgeheveld naar ACM. In deze bijdrage wordt ingegaan op fusiestoetsing door de NZa en ACM in de zorg en deze ontwikkelingen.

In april 2015 uitte de NZa directe kritiek op de zorgfusietoetsing van ACM. De NZa rekende ACM aan dat ACM sinds 2011 dertien ziekenhuisfusies had goedgekeurd, terwijl de NZa vooraf aan ACM had gemeld dat zij forse prijsstijgingen als gevolg van 8 van deze fusies niet uitsloot.⁴ ACM-bestuursvoorzitter Chris Fonteijn noemde de vermeende prijsstijgingen 'onbewezen'.⁵ Ook enkele betrokken ziekenhuizen mengden zich in het debat. Zo schreven de gefuseerde Tilburgse ziekenhuizen (Elisabeth-TweeSteden Ziekenhuis) dat uit hun cijfers uit de periode na hun fusie zou blijken dat van een prijsstijging als gevolg van hun fusie in de praktijk geen sprake is.⁶ Kort na de kritiek van de NZa kwam ACM wel tot een verbod bij een ziekenhuisfusie: ACM verbood op 15 juli 2015 de fusie van het Albert Schweitzer Ziekenhuis en de Rivas Zorggroep.⁷ Van de zorgverzekeraars die de meeste zorg inkopen bij deze Dordtse ziekenhuizen stonden er twee negatief tegenover de fusie (VGZ en Achmea), en één neutraal (CZ). Deze verzekeraars baseerden hun standpunt op het ontbreken van alternatieve ziekenhuizen in de regio

en het gebrek aan compenserende afnemersmacht.⁸ Chris Fonteijn maakte in oktober 2015 duidelijk dat ACM's verbod van de Dordtse ziekenhuisfusie niet gezien mag worden als een reactie op 'geluiden uit Den Haag' over een ongewenste 'fusiedrift' in de zorg. Het was volgens Fonteijn enkel de consequentie van een autonome afweging in deze specifieke zaak.⁹ De Dordtse ziekenhuizen lieten het er niet bij zitten en stelden beroep in tegen het fusieverbod.¹⁰ Naar verwachting zal de rechtbank Rotterdam zich dit jaar uitspreken over deze zaak. Dat wordt een belangrijke uitspraak, ook omdat het CbB eerder dit jaar in de zaak Bolletje nog weer eens duidelijk maakte dat de lat hoog ligt voor ACM om te komen tot een fusieverbod.¹¹ Het CbB oordeelde dat ACM ten onrechte de overname van Bolletje had verboden: ACM had door een motiveringsgebrek niet tot het verbod mogen komen. Of ACM in het geval van de Dordtse ziekenhuizenzaak wel aan het langste eind trekt valt te bezien. Tegenstanders van zorgfusies laten zich door deze rechtsgang er in ieder geval niet van weerhouden aandacht te vragen voor hun stelling dat ACM zorgfusies te lichtzinnig zou goedkeuren en uit zou moeten gaan van

1 NZa, 'Position paper 'Werking van het zorgstelsel'', april 2015.

2 Rb. Rotterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2307 (NPCF/ACM).

3 Het Financieele Dagblad, 'Ziekenhuizen in beroep tegen fusieverbod', 17 augustus 2015.

4 Juncto voetnoot 1.

5 C. Fonteijn, 'De politiek heeft wat te kiezen in de zorg', *Skiper* 22 april 2015, te raadplegen via www.skiper.nl.

6 'Elisabeth-TweeSteden bewijst ongelijk NZa', *Zorgvisie* 28 oktober 2015, te raadplegen via www.zorgvisie.nl.

7 ACM, besluit 15 juli 2015, zaak 14.0982.24, Stichting Albert Schweitzer Ziekenhuis-Stichting Rivas Zorggroep.

8 Ibid, punt 124-127.

9 C. Fonteijn, 'Speech Jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2015', 8 oktober 2015.

10 Juncto voetnoot 3.

11 CbB 11 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:23.

‘nee, tenzij’ in plaats van ‘ja, tenzij’.¹² Kortom de druk op ACM om zorgfusies te verbieden neemt toe.¹³

De rol van ACM bij fusietoetsing in de zorg

ACM zit ondertussen niet stil en stelde in november 2015 de Taskforce Zorg in die zich uitsluitend richt op de zorgsector.¹⁴ Dat de zorgsector een lastig dossier is voor ACM, is een publiek geheim. Zo erkende Chris Fonteijn:

“Zorg is wel een hoofdstuk apart voor mij. Toen ik voorzitter van ACM werd, vond ik “zorg en mededinging” het moeilijkste thema.”¹⁵

Dat de druk op ACM wordt opgevoerd om te komen tot het verbieden van zorgfusies kan uiteraard gebeuren. Van ACM wordt wel vaker een bepaald resultaat verlangd, zoals het halen van een boetequotum.¹⁶ Waar het steeds om gaat is of het juridisch binnen de huidige kaders wel van ACM gevraagd kan worden. In het geval van zorgfusies geldt dat op dit moment van ACM niet kan worden verlangd dat ACM als vertrekpunt bij haar toetsing ‘nee, tenzij’ neemt. Daarvoor biedt het toetsingskader van ACM op grond van de Mededingingswet (“Mw”) immers geen ruimte. Dat kader gaat net als in andere sectoren van de economie uit van ‘ja, tenzij’, én de bewijslast voor een verbod (de ‘tenzij’) rust steeds op ACM. En daarom geldt dat ook ‘bij twijfel over een zorgfusie’ is het rood licht geen houdbare stellingname is.¹⁷ Om een (zorg)fusie te verbieden, dient ACM aannemelijk te maken dat door de fusie een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging zich voor zou gaan doen. Bij de vraag of ACM aan die bewijslast voldoet, legt het CBb een indringende toets aan de dag.¹⁸ Wanneer men het anders wil (‘nee, tenzij’), dan ligt het dus meer voor de hand om de wetgever te vragen een ander toetsingskader voor ACM

bij zorgfusies te creëren. Dat is eerder ook gedaan voor de mediasector met de Tijdelijke wet mediaconcentraties. Op grond van die wet was ACM’s voorganger NMa tot 2011 bij concentraties in de mediasector gehouden ook te toetsen of een mediafusie de pluriformiteit van de informatievoorziening zou aantasten. Voor de zorgsector ontbreekt vooralsnog een dergelijk specifiek (tijdelijk) wettelijk kader. Dat betekent niet dat daar geen ruimte voor of behoefte aan is. Zo riep eerder dit jaar Chris Fonteijn de overheid op om meer duidelijkheid te verschaffen:

“Kom tot een afweging tussen belangen. Vermijd de situatie waarin ACM een negatief besluit moet nemen in het belang van de mededinging, omdat ACM de voordelen – die er misschien wel zijn- niet kan controleren. Dit leidt mogelijk niet tot de beste uitkomst voor patiënt en verzekerde. Maatschappelijk een onwenselijke situatie.”¹⁹

Dat signaal gaf ACM overigens al eerder, maar dat leidde niet tot aanpassing van de Mededingingswet.²⁰

Kortom, vooralsnog betekent dit dat ACM het moet doen met het huidige wettelijke kader. Dat betekent dat het onmogelijk is dat ACM een ‘nee, tenzij’-model hanteert voor zorgfusies. Daarbij scheidt het verbod van de fusie van de Dordtse ziekenhuizen geen hard precedent voor andere zorgfusies. ACM is immers gehouden per fusie te toetsen en heeft daarbij te maken met de feiten en (lokale) omstandigheden in die betreffende zaak. Daarbij geldt ook dat als een zorgverzekeraar desgevraagd aan ACM meldt neutraal over of tegen een zorgfusiegeekant te zijn, ACM gehouden is na te gaan waarop die mening feitelijk is gebaseerd. Net zozeer als volgens tegenstanders van zorgfusies ACM gehouden is te onderzoeken of zorgverzekeraars wanneer zij positief zijn over een zorgfusie, de betrokken fusiecombinatie daadwerkelijk kunnen disciplineren, geldt het omgekeerde in het geval de verzekeraars negatief zijn over een zorgfusie. Met andere woorden: heeft de zorgverzekeraar in kwestie wel een punt als hij desgevraagd aan ACM meldt negatief te zijn ten aanzien van een zorgfusie? Beschikt die verzekeraar niet over (groeierende) inkoopmacht of alternatieven? Relevant in dat verband is dat ACM in februari 2016 rapporteerde dat er sprake is van gebrek aan concurrentie tussen zorgverzekeraars.²¹ ACM beschrijft in dat kader ook dat de regionale sterke posities van zorgverzekeraars in 2016 nog steeds aanwezig zijn. Gezien de hoge toetredingsbarrières op de markt waarop de zorgverzekeraars actief zijn lijkt het onwaarschijnlijk dat dit de komende jaren ineens wezenlijk anders wordt.²² Kortom, zorgfusies toetsen blijft een uitdaging voor ACM. Daarbij wordt het takenpakket

12 Bijvoorbeeld iBMG, ‘Goede zorginkoop vergt gezonde machtsverhoudingen. Het belang van markt- en mededingingstoezicht binnen het Nederlandse zorgstelsel’, maart 2016, p. 63.

13 Ook buiten de rechtszaal wierp NPCF zich op als criticaster van de “fusiegolf” van ziekenhuizen, zie o.a. W. Wind, ‘Fusiegolf ziekenhuizen moet tot bezorgdheid leiden’ in Het Financieel Dagblad, 20 april 2015.

14 Besluit ACM 5 november 2015, ACM/DJZ/2015/206393, houdende regels inzake organisatie, mandaat, volmacht en machtiging betreffende werkzaamheden van de Taskforce Zorg.

15 M.L. Louisse en M.Ph.M. Wiggers, ‘Interview met Van Diemen-Steenvoorde, Ruys en Fonteijn’, in: M.Ph.M. Wiggers en W. Oostwouder (red.), *Handboek compliance in de Zorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 131-144.

16 Uit afspraken uit het regeerakkoord van kabinet Rutte-II (29 oktober 2012) blijkt dat de (kartel)boete-inkomsten van ACM trapsgewijs moeten worden verhoogd naar EUR 125 miljoen structureel vanaf 2017. Dit bleek niet haalbaar. Tijdens een debat over het verhogen van boetemaxima stelde minister Kamp zich dan ook op het standpunt dat het geraamd bedrag is bijgesteld naar EUR 10 miljoen (*Kamerstukken II 2015/16*, 34190, nr. 25, p. 3-4).

17 D.W.L.A. Schrijvershof, ‘ACM: van beschuit tot zorg, (hoe te) meten met twee maten bij fusies met hoge marktaandeelen?’, *Tijdschrift MP*, 2014, nr. 2, p. 26.

18 CBb 28 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3274 (*NMa/Nuon en Essent*) en Rb. Rotterdam 11 juni 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA7252 (*Broadcast Newco Two B.V./NMa*), m. nt. J.J.M. van de Hel, *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2008-3, p. 74-80.

19 ACM, ‘Het Signaal 2016’, 14 maart 2016.

20 Jaarverslag NMa 2009, april 2010, en F.J.H. Don, ‘Publieke belangen! Maar welke? En hoe ga je ermee om?’, *Liber Amicorum Pieter Kalbfleisch*, 30 juni 2011.

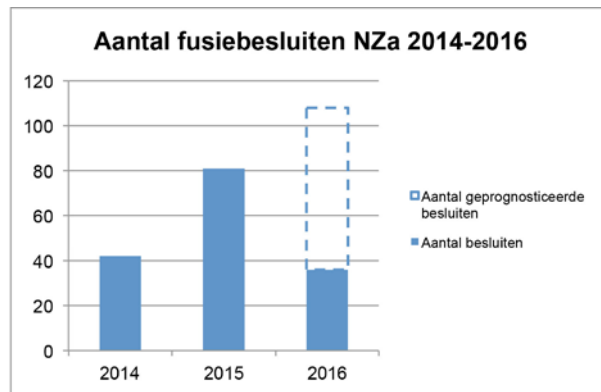
21 ACM, ‘Tussenrapportage concurrentie op markt voor zorgverzekeringen’, 16 februari 2015.

22 Ibid

van ACM ook nog verruimd als gevolg van de beoogde overheveling van de zorgspecifieke fusietoets naar ACM.

De rol van de NZa bij fusietoetsing

De NZa is sinds 1 januari 2014 belast met de zorgspecifieke fusietoets. De zorgspecifieke fusietoets is primair een procedurele toets waarmee wordt nagegaan of de betrokken zorgaanbieder(s) de stakeholders zoals de cliënten- en ondernemingsraden en zorginkopers hebben geïnformeerd over en betrokken bij de concentratie. Daarnaast wordt getoetst of de verlening van een limitatief aantal vormen van cruciale zorg door de concentratie in gevaar komt. De situatie is sinds de invoering van de zorgspecifieke fusietoets als volgt. Een concentratie in de zin van de Mededingingswet moet bij de NZa worden gemeld als ten minste één van de betrokken ondernemingen een zorgaanbieder is die zorg doet verlenen met minimaal 50 personen.²³ Er zijn géén omzetrempels van toepassing. De wetgever verwachtte in 2012 dat de NZa per jaar ongeveer 25 concentratiemeldingen zou moeten toetsen.²⁴ Reeds voor de inwerkingtreding van de toets is gesignaleerd dat deze toets overbodig is en dubbel werk creëert.²⁵ Daarbij werd gesteld dat de toets te lage drempels kent.²⁶ Inmiddels erkent de NZa veel meer fusies te hebben moeten toetsen dan eerder was verwacht.²⁷ In de periode 2014 – 2015 heeft de NZa ruim 170 aanvragen ontvangen en heeft de NZa in 123 gevallen een besluit genomen.²⁸ Dit gegeven vormt voor de NZa vreemd genoeg geen reden om te pleiten voor afschaffing van de toets of op zijn minst een directe verhoging van de relevante drempels. De NZa meldt wel dat de zorgspecifieke fusietoets in 2016 onverkort geldt en waarschuwt dat zorgaanbieders niet weggelaten met een niet (tijdig) gemelde concentratie.²⁹ De NZa benadrukt te monitoren wat er over voorgenomen concentraties in de media en andere kanalen bekend wordt en benadert zo nodig de betrokkenen.³⁰



Tabel 1: Aantal fusiebesluiten door de NZa in 2014-2016

Overheveling fusietoetsing NZa naar ACM

In februari 2015 meldde minister Schippers dat de zorgspecifieke fusietoets beter af zou zijn bij ACM, omdat zij meerwaarde ziet in de bundeling van kennis van de zorgmarkten bij één toezichthouder (ACM).³¹ Om dit mogelijk te maken stuurde zij in april 2016 het wetsvoorstel *Herpositionering taken NZa en deregulering* naar de Tweede Kamer.³² Wat valt nu op aan het wetsvoorstel? Op basis van dit wetsvoorstel blijft de zorgspecifieke

ACM kan op basis van de Mededingingswet
zorgfusies niet reeds bij twijfel verbieden. Voor een
verbod is veel meer nodig.

toets behouden, maar wordt die toets per 1 januari 2017 overgeheveld naar ACM én voorzien van omzetrempels. Daarmee komt een einde aan de drempel die nu geldt en die louter is gebaseerd op de vraag of één van de bij een concentratie betrokken zorgaanbieder met 50 personen zorg doet verlenen.³³ Het kader van de zorgspecifieke fusietoets zal er volgens de beoogde wetswijziging als volgt uitzien:

- wanneer er sprake is van een concentratie in de zin van de Mededingingswet waarbij één onderneming is betrokken die in het voorafgaande kalenderjaar (in)direct met het verlenen van zorg ten minste een omzet heeft behaald van EUR 7 miljoen³⁴; én
- ten minste één andere onderneming betrokken is die in het voorafgaande kalenderjaar in Nederland ten minste

23 Een concentratie van zorgaanbieders die aan deze drempel voldoen, moet door de zorgaanbieders bij de NZa worden gemeld via een aanvraagformulier beschikbaar op de website van NZa. Alleen indien de concentratie tevens de omzetrempels haalt vermeld in de Mededingingswet, dient de concentratie ook bij ACM te worden gemeld. Zie ook D.W.L.A. Schrijvershof, 'De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?', *Tijdschrift MP*, 2013, nr. 5, p. 178 - 185.

24 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 253, nr. 3, p. 24.

25 *Het Financieele Dagblad*, 'Zorgspecifieke fusietoets creëert dubbel werk', 6 november 2013 en D.W.L.A. Schrijvershof, 'De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?', *Tijdschrift MP*, 2013, nr. 5, p. 178 - 185.

26 D.W.L.A. Schrijvershof, 'Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop', *Tijdschrift Zorg & Recht in Praktijk*, 2014, nr. 6, p. 22 - 27.

27 NZa, 'Cijfers zorgspecifieke concentratietoets 2014-2015', december 2015, te raadplegen via www.nza.nl.

28 Aantal besluiten afgeleid uit NZa's overzicht op <https://www.nza.nl/publicaties/Besluiten/Fusiebesluiten/>.

29 Juncto voetnoot 27.

30 Ibid.

31 Kamerbrief 'Kwaliteit loont', 6 februari 2015. *Kamerstukken II*, 2014/15 31765, nr. 116.

32 Voorstel van wet, *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 2.

33 Indien de concentratie tevens de omzetrempels haalt die gelden voor een melding bij ACM op grond van de Mw, dient de concentratie ook op dat punt apart bij ACM te worden gemeld. Er blijven in zo'n geval dus twee meldingen bij ACM nodig en er wordt door ACM ook twee aparte beoordelingen verricht: dus (i) de eerst melding in het kader van de zorgspecifieke fusietoets en indien daarbij groen licht wordt verkregen van ACM volgt (ii) de tweede toetsing in het kader van de Mededingingswet.

34 Voorgesteld Artikel 49a lid 1 sub a Wmg.

een omzet heeft behaald van EUR 500.000 (binnen of buiten de zorg), moet dit worden gemeld bij ACM.³⁵

Volgens het wetsvoorstel kan als een investeringsmaatschappij met een belang in een zorgaanbieder een niet-zorgaanbieder overneemt en er daarbij geen effecten voor de zorgverlening zijn te verwachten ACM bepalen dat bepaalde gegevens in het kader van de melding voor de zorgspecifieke fusietoets niet hoeven te worden verstrekt. Dat geldt wanneer partijen ACM hierom verzoeken in een vooraanmelding.³⁶

Een belangrijk punt dat tot op heden nauwelijks publieke aandacht kreeg, is het feit dat het wetsvoorstel ook beoogt dat het bij ministeriële regeling mogelijk wordt nadere voorwaarden te stellen aan zorgconcentraties.³⁷ De Memorie van Toelichting omschrijft dit als volgt:

“Bij deze voorwaarden gaat het om de in de zorg te waarborgen publieke belangen. Gedacht kan worden aan situaties waarbij, als gevolg van een concentratie, te weinig toegankelijke alternatieven beschikbaar blijven voor bepaalde vormen van zorg of een zorgverzekeraar niet meer aan zijn zorgplicht zou kunnen voldoen.”³⁸

ACM heeft hierop gereageerd.³⁹ Daarover schrijft het ministerie van VWS (“VWS”) in de toelichting bij het wetsvoorstel:

“Ten aanzien van het stellen van aanvullende voorwaarden door de Minister van VWS, zoals bijvoorbeeld een toets aan de publieke belangen betaalbaarheid en toegankelijkheid merkt de ACM op dat dit slechts uitvoerbaar is als de voorwaarden die de Minister van VWS stelt voldoende concreet en duidelijk worden geformuleerd.”

Daar is wederom het punt dat ACM bij monde van Chris Fontein (en zijn voorganger) maakte: overheid, stel concrete en duidelijke voorwaarden bij toetsing van concentraties in de zorg. Precies dat is wat VWS nu (nog) niet doet. Zo schrijft VWS:

“Van de mogelijkheid om bij ministeriële regeling aanvullende voorwaarden aan de zorgspecifieke fusietoets te stellen, zal bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel geen gebruik worden gemaakt. Pas als blijkt dat het reguliere concentratietoezicht tekortschiet om de publieke belangen in de zorg te borgen, en de ontwikkelingen op de zorgmarkten dusdanig zijn dat ingrijpen ten aanzien van deze belangen aangewezen is, zal van de mogelijkheid gebruik worden gemaakt om aanvullende voorwaarden te stellen.”⁴⁰

Wat hier ook van zij, opvallend is dat er anders dan voorheen, zoals bij de Wet tijdelijk mediaconcentraties, niet wordt gekozen voor een aparte (tijdelijke) wet met voorgaande behandeling in het parlement. Er wordt nu gekozen voor het veel lichtere instrument van de ministeriële regeling (zonder voorgaande behandeling van de voorwaarden in het parlement) om te komen tot een aanscherping van de toetsing of een verbod op bepaalde zorgfusies. Dit is opmerkelijk, temeer nu VWS zelf in de toelichting bij het wetsvoorstel schrijft:

“De juridische haalbaarheid en uitvoerbaarheid zijn een belangrijk aandachtspunt bij het stellen van normen om de publieke belangen in de zorg te borgen.”⁴¹

Commentaar wetsvoorstel

De zorgspecifieke fusietoets instellen in 2014 was onzes inziens een slecht idee en de overheveling van de toets met introductie van lage omzetcategorieën is dat ook, om redenen die wij hierna zal toelichten. Afschaffing van de toets is wat onzes inziens nodig is.⁴² Onder andere de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuis vroeg tevergeefs om afschaffing van de toets. In de Memorie van Toelichting wordt het afschaffen van de toets voornamelijk van de hand gewezen.⁴³ De wetgever wenst eerst de evaluatie van de zorgspecifieke fusietoets in 2017 af te wachten. Deze aanpak is om meerdere redenen opmerkelijk. De afgelopen twee jaren hebben al uitgewezen dat de zorgspecifieke fusietoets geen meerwaarde heeft. Er is niet één zorgfusie door de NZa verboden op grond van deze toets. Tegelijkertijd vergt de toets veel capaciteit van de toezichthouder (of dat nu de NZa of na de beoogde overheveling ACM is). Daarbij is het voorzienbaar dat bij een overheveling van de toets naar ACM nog steeds sprake is van een onnodige doublure bij de toetsing van zorgfusies. Ten eerste geldt dat ACM op grond van de *Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders en zorgverzekeraars* zorginhoudelijke punten toetst wanneer partijen een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 35% behalen.⁴⁴ Ten tweede geldt dat als de cliëntenraad of ondernemingsraad van een zorgaanbieder het oneens zijn met een concentratie zij daartegen zelf al in het geweer kunnen komen en dat in de praktijk ook doen.⁴⁵ Bovendien worden de rechten van cliëntenraden mogelijk op termijn verruimd.⁴⁶ Ten derde blijft tegen-

35 Voorgesteld Artikel 49a lid 1 sub b Wmg, juncto voetnoot 33.

36 Voorgesteld Artikel 49c Wmg. Dit artikel is weliswaar breed geformuleerd en ziet op eenieder die een melding als bedoeld in voorgesteld Artikel 49a Wmg indient, maar de MvT geeft hierbij uitsluitend een investeringsmaatschappij als voorbeeld.

37 Voorgesteld Artikel 49d lid 1 sub e.

38 Kamerstukken II 2015/16, 34445, nr. 3, p. 60.

39 ACM's reactie is niet openbaar beschikbaar, maar alleen door VWS samengevat in de toelichting bij het wetsvoorstel.

40 Kamerstukken II 2015/16, 34445, nr. 3, p. 31.

41 Ibid.

42 Zie ook R.A. Struijlaart, M.G.A.M. Custers en M.Ph.M. Wiggers, 'Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2015, M&M april 2016, nr. 2., p. 81.

43 Kamerstukken II 2015/16, 34445, nr. 3, p. 39.

44 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 5 juli 2013, nr. WJZ/13118300, houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders en zorgverzekeraars.

45 D.W.L.A. Schrijvershof, 'Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop *Tijdschrift Zorg & Recht in Praktijk*, 2014, nr. 6, p. 23-24 en D.W.L.A. Schrijvershof, 'De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?', *Tijdschrift MP*, 2013, nr. 5, p. 178 - 185.

46 De internetconsultatie van de aanpassing van de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen wordt na de zomer van 2016 verwacht, zo

strijdige besluitvorming bij zorgfusies mogelijk. Denk aan het geval wanneer ACM op grond van de zorgspecifieke fusietoets voor een fusie groen licht geeft om vervolgens na toetsing aan de Mededingingswet dezelfde fusie te verbieden. Twee besluiten met verschillende uitkomsten bij dezelfde fusie van dezelfde toezichthouder? Dat laat zich welhaast nog lastiger uitleggen dan eerst een positief oordeel van de NZa en vervolgens een negatief oordeel van ACM ten aanzien van dezelfde zorgfusie.⁴⁷ Opvallend is dan ook dat ACM niet protesteert tegen de overheveling van de fusietoets.⁴⁸ Protest van ACM zou overigens ook om andere redenen voor de hand liggen. De beschikbare capaciteit van ACM voor de zorgsector is al geruime tijd een aandachtspunt. Weliswaar krijgt ACM's Taskforce Zorg er op grond van het wetsvoorstel 20 fte bij, maar de Nederlandse zorgsector met een omzet van ca. EUR 95 miljard vergt ACM's volle aandacht.⁴⁹ Niet alleen blijft de sector als gevolg van overheidsbeleid volop in beweging, ACM heeft achterstallig onderhoud te verrichten. Zo dateren de meest recente Richtsnoeren voor de Zorgsector uit 2010. Deze Richtsnoeren zijn inmiddels op meerdere punten achterhaald.⁵⁰ Daarbij wordt ook het AMM-instrument van de NZa overgeheveld naar ACM. Dit omdat ACM meer dan de NZa ervaring zou hebben met het leerstuk van AMM/misbruik machtspositie.⁵¹ Dat is correct, maar ACM heeft bepaald geen stevig *track record* waar het gaat om het handhaven van het verbod op misbruik machtspositie. Integendeel, dit is eerder ACM's achilleshiel.⁵²

De overheveling van het AMM-instrument gaat gepaard met de introductie van twee nieuwe AMM-maatregelen waarmee de huidige limitatieve set AMM-maatregelen wordt aangevuld. Die maatregelen zijn opvallend genoeg alleen op te leggen aan zorgaanbieders en dus niet (tevens) aan zorgverzekeraars.⁵³ Het AMM-instrument wordt daarmee in ieder geval niet in evenwicht gebracht. Wel slaat de balans slaat hiermee verder door richting toezicht op de

zorgaanbieders (het aantal AMM-maatregelen dat is op te leggen aan zorgaanbieders overtreft het aantal dat is op te leggen aan zorgverzekeraars). Er is al jaren sprake van een sterk geconcentreerde markt aan de zijde van de zorgverzekeraars: vier verzekeraars hebben samen 90% van de markt. ACM meldt in haar eerder genoemde onderzoek naar de zorgverzekeraarsmarkt begin 2016 dat er ruimte is voor verbetering van concurrentie tussen zorgverzekeraars. ACM signaleert daarbij ook dat zorgverzekeraars in 2016 nog steeds over regionale dominante posities beschikken. Daarnaast is er maatschappelijk gezien al jaren het nodige te doen om de wijze waarop zorgverzekeraars omgaan met hun (collectieve) machtspositie en hun inkoopmacht.⁵⁴

Hoe nu verder?

Onderbouwde kritiek op het doen of laten van een toezichthouder, of dat nu is op de wijze van fusietoetsing of het gemis aan toezicht op zorgverzekeraars, is gezond en moet vooral niet doodgezwegen worden. Wat wel vermeden dient te worden (en inzet van publiek debat behoort te zijn), is het scheppen van een wettelijk basis voor onevenwichtig toezicht door ACM in de zorg. Anders

ACM tussenrapport zorgverzekeraars, 2016: "Concurrentie tussen zorgverzekeraars betekent dat er voor consumenten iets te kiezen valt. We denken dat daarin nog wel wat te verbeteren is."

kan ACM's Taskforce Zorg het nooit goed gaan doen.⁵⁵ Ook al zou ACM nieuwe AMM-maatregelen die (ook) zijn op te leggen aan zorgverzekeraars in de praktijk niet (direct) inzetten, bied ACM op zijn minst een effectief AMM-instrument (dus een afdoende set van doeltreffende AMM-maatregelen) om ook op te kunnen treden tegen (dreigende) uitwassen bij inkoopmacht van zorgverzekeraars. Nu ontbreken dergelijke AMM-maatregelen in het wetsvoorstel. Dit maakt dat als ACM gevraagd wordt op grond van het AMM-instrument handhavend op te treden tegen een zorgverzekeraar, ACM in veel gevallen nee zal moeten verkopen. ACM heeft dan weliswaar de bevoegdheid verworven om het AMM-instrument te gebruiken, maar zolang doeltreffende AMM-maatregelen ontbreken is het AMM-instrument een wassen neus.⁵⁶

meldt LSR, landelijk steunpunt (mede)zeggenschap, op haar website.

47 NZa, Besluit 1 mei 2015, zaak 104027/174610, Stichting Albert Schweitzer Ziekenhuis-Stichting Rivas Zorggroep en ACM, besluit 15 juli 2015, zaak 14.0982.24, Stichting Albert Schweitzer Ziekenhuis-Stichting Rivas Zorggroep.

48 Kamerstukken II 2015/16, 34445, nr. 3, p. 31.

49 CBS 21 mei 2015, 'Zorguitgaven stijgen met 1,8 procent in 2014'; via www.cbs.nl.

50 NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector, 12 maart 2010 te raadplegen op www.acm.nl. Daarin staat bijvoorbeeld een sterk verouderd standpunt van NMa in over maatschappen dat standpunt is nadien aangepast door ACM.

51 Kamerstukken II 2015/16, 34445, nr. 3, p. 18.

52 "Gebrekkige handhaving maakt van misbruikverbod 'dode letter'", *SC Krant*, 21 april 2015 en D.W.L.A. Schrijvershof, 'Misbruik machtspositie en de prioriteiten van ACM: van kartel- naar monopolieparadijs?', *Tijdschrift MP*, 2015, nr. 3, p. 21-27.

53 Deze verplichtingen betreffen (i) een leveringsplicht van zorg door een zorgaanbieder met AMM aan consumenten (voorgesteld artikel 48 lid 1 sub f Wmg) en (ii) de verplichting voor een zorgaanbieder met AMM om een consument gebruik te laten maken van een andere zorgaanbieder (voorgesteld artikel 48 lid 1 sub n Wmg). Zie ook Kamerstukken II 2015/16, 34445, nr. 3, p. 57.

54 Zie bijvoorbeeld de acties van 'Het Roer Moet Om' door huisartsen tegen de (markt)macht van zorgverzekeraars, www.hetroermoetom.nl/.

55 Daarbij geldt dat als ACM het de AMM-instrument per 1 januari 2017 in de zorg tot haar beschikking krijgt, zij eigenlijk al met één-nul achter start. ACM heeft op basis van haar huidige bevoegdheden de afgelopen 10 jaar nog geen enkele boete of maatregel opgelegd aan een zorgverzekeraar, maar wel meermaals zorgaanbieders beboet.

56 Er is immers bij het AMM-instrument sprake van een limitatieve lijst aan AMM-bevoegdheden waar de NZa nu en ACM in de toekomst gebruik van kan maken. Dit maakt dat de NZa nu en in de toekomst ACM niet bevoegd is ad hoc passende AMM-maatregelen treffen in het geval van een handnavingsverzoek. De toezichthouder moet het in dat geval doen

Naast wettelijke bevoegdheden (voorzien in voldoende passende AMM-maatregelen), is een ander aandachtspunt om te komen tot evenwichtiger toezicht in de zorg de capaciteit die de zorgspecifieke fusietoets van ACM zal vergen. Wanneer VWS wenst, zoals uit de totstandkoming van het wetsvoorstel volgt, dat het AMM-instrument (anders dan de afgelopen jaren door de NZa) door ACM wordt benut, dan is het zaak daar capaciteit voor te creëren.⁵⁷ Voorkomen moet worden dat ACM gedwongen wordt een AMM-klacht ‘weg te prioriteren’ met de aantekening dat ACM nu eenmaal beperkte capaciteit heeft.⁵⁸ Dit is geen irreëel risico; ‘wegprioriteren’ is een van de redenen dat ACM tot op heden geen stevig *track record* heeft opgebouwd als het aankomt op misbruik machtspositie.⁵⁹ Kortom, ook om die reden dient de zorgspecifieke fusietoets die overbodig is en dubbel werk creëert te worden afgeschaft. ACM kan die capaciteit in de zorgsector beter voor andere werkzaamheden benutten. Gelukkig moet het wetsvoorstel eerst nog door de Tweede Kamer worden aangenomen. Dat proces biedt volop ruimte

om te komen tot een wettelijke basis voor meer evenwichtig toezicht door ACM in de zorg. Dat kan overigens heel eenvoudig door de zorgspecifieke fusietoets alsnog af te schaffen en het AMM-instrument in evenwicht te brengen door AMM-maatregelen te introduceren waarmee ACM (ook) effectief kan optreden tegen (dreigende) uitwassen van inkoopmacht van zorgverzekeraars.⁶⁰

ACM Signaal, 2016: “Als die door de overheid bekrachtigde kwaliteitsstandaarden er zijn, kan ACM bij een beoordeling hiervan uitgaan. Hierdoor kan ACM in een specifiek geval bepalen of de voordelen van concentratie van zorg opwegen tegen de nadelen voor de consument, zoals het wegvallen van keuzemogelijkheden.”

Diederik Schrijvershof is advocaat bij Maverick Advocaten N.V. en vaste medewerker van MP. Jeanne Plettenburg is juridisch medewerker bij Maverick Advocaten N.V.

met de AMM-maatregelen die volgen uit de wet.

57 Kamerbrief ‘Kwaliteit loont’, 6 februari 2015. *Kamerstukken II*, 2014/15 31765, nr. 116.

58 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, nr. 3, p. 19.

59 Juncto voetnoot 54.

60 Voor een nadere toelichting zie de reactie van Maverick Advocaten op het conceptwetsvoorstel Herpositionering taken NZa en deregulering op 20 mei 2015 via https://www.internetconsultatie.nl/wet_herpositionering_taken_NZa_en_deregulering.