

Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop

DIEDERIK SCHRIJVERS HOF

Op 1 januari 2014 trad de zorgspecifieke fusietoets in werking. De toets werd gepresenteerd als hét middel om de oorzaak van ongewenste zorgfusies te bestrijden in plaats van het gevolg daarvan. Maar is dat werkelijk het geval? Nu de toets ruim een half jaar in werking is, wordt de balans opgemaakt. Daarbij wordt, gezien de aard en omvang van deze bijdrage, een beperkt aantal elementen belicht. Eerst wordt ingegaan op de totstandkoming van de toets. Daarna komen de gevolgen voor de zorgaanbieders en de NZa aan bod. Het streven om ondoordachte zorgfusies tegen te gaan staat daarbij niet ter discussie. Wel wordt ingegaan op de vraag of met de toets sprake is van de inzet van het juiste middel. Er is niks mis met een zorgspecifieke fusietoets die hout snijdt. In dit artikel wordt toegelicht dat de praktijk uitwijst dat dit niet het geval is. De toets dient daarom zo spoedig mogelijk te worden afgeschaft. Zo worden ten minste twee doelen gediend. De zorgsector wordt bevrijd van een overbodige toets, waarmee dubbelwerk bij aanbieder én toezichthouders wordt beëindigd. Tegelijk kan de NZa haar toezichts- en handhavingscapaciteit benutten waar dat nodig is: de zorginkoop door zorgverzekeraars en zorgkantoren.

1. Achtergronden

Bij de toetsing van fusies, joint ventures en overnames (concentraties) van zorgaanbieders zijn inmiddels drie aanscherpingen van kracht. Vanaf 1 januari 2008 gelden verlaagde omzetrempels voor concentraties van zorgaanbieders.¹ Dit bracht een verdubbeling teweeg van het aantal zorgconcentraties dat bij Autoriteit Consument & Markt (ACM) gemeld wordt.² Daarbij is ACM sinds 2009 gehouden de Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders (Beleidsregel) te volgen.³ Dit verplicht ACM in haar besluit voor concentraties, waarbij het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken zorgaanbieders tenminste 35 procent

bedraagt, diverse zorgspecifieke aspecten te adresseren.⁴ In dat kader is ACM gehouden de betrokken cliëntenraden en gemeenten om een zienswijze over de concentratie te vragen. Die zienswijzen dient ACM in haar besluitvorming te betrekken. Nu de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is uitgebreid met de verplichting voor een zorgaanbieder om (eerst) bij de NZa een concentratie te melden, is de derde aanscherping van het toezicht op zorgconcentraties een feit. Voor geen enkele andere sector van de Nederlandse economie geldt een toetsingsregime zoals dat bij zorgconcentraties van kracht is.⁵ In Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, waar ook geregeld zorgconcentraties worden getoetst, ontbreekt een vergelijkbaar gelaagd toetsingskader. Dat neemt niet weg dat de toezichthouders aldaar zorgconcentraties weten te verbieden.⁶

1 Besluit van 6 december 2007, *Stb.* 2007, 518. Ofschoon sinds 1 augustus 2014 de omzetrempel uit art. 29 Mw van € 113,5 miljoen is verhoogd naar € 150 miljoen, blijven in de zorg de verlaagde omzetrempels ongewijzigd van kracht.

2 Besluit van 19 oktober 2012, houdende wijziging van het Besluit tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen in verband met een verlenging van het besluit.

3 Beleidsregel van de minister van Economische zaken van 9 september 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 13 389.

4 Die aspecten zijn: (i) de transparantie van kwaliteit van zorg, (ii) het reisgedrag of de reisbereidheid van cliënten, (iii) de mogelijkheden voor toetreding van nieuwe zorgaanbieders, en (iv) de mate waarin zorginkopers invloed hebben op het keuzegedrag van cliënten.

5 In andere sectoren is juist sprake van een verlichting van het toezichtingsregime. De Tijdelijke wet mediaconcentraties is ingetrokken en de omzetrempel uit art. 29 Mw voor meldingsplichtige concentraties is met ingang van 1 augustus 2014 verhoogd.

6 'Bundeskartellamt prohibits merger between hospitals in Esslingen', 15

2. De toets is niet geworden wat die had moeten zijn

De Raad van State was in 2012 ronduit kritisch over het wetsvoorstel voor de fusietoets. Een belangrijk kritiekpunt was dat de NZa geen kader heeft om een concentratie te toetsen op de gevolgen voor de kwaliteit van de zorg.⁷ Volgens de Raad zou zonder zinvolle criteria op dit punt geen inhoudelijke toetsing kunnen plaatsvinden.⁸ De regering besloot daarop de toetsing op de gevolgen voor de kwaliteit te beperken tot een meer zuiver procedurele toets.⁹ Vooraf toetsen op de gevolgen van een fusie voor de kwaliteit van de zorg zou volgens de minister van VWS niet mogelijk zijn. Wat daar ook van zij, de NZa is gehouden een procedurele en dus niet inhoudelijke toetsing te verrichten.¹⁰ Ook die toetsing was volgens minister Schippers nodig nu er onvoldoende interne toetsingsmechanismen bij zorgaanbieders zouden zijn om de uitvoering van ondoordachte fusieplannen tegen te gaan. In 2013 drong de minister er bij de Eerste Kamer op aan het wetsvoorstel voor de fusietoets snel aan te nemen.¹¹ Vanuit verschillende kanten werd dit ontraden, omdat de toets overbodig is en dubbelwerk creëert.¹² Alle kritiek ten spijt heeft de sector sinds 1 januari 2014 te maken met de fusietoets. Dat dit niet zonder gevolgen zou blijven, was bekend.¹³

3. De wet kent zeer lage drempels

Zodra sprake is van één zorgaanbieder die met 50 personen zorg doet verlenen, dient deze aanbieder iedere concentratie in de zin van de Mededingingswet (Mw) waarbij de aanbieder betrokken is vooraf te melden bij de NZa. Dat geldt ook als deze zorgaanbieder een samenwerking met een niet zorgaanbieder start, zoals een joint venture met een hotel. Bij de vraag of de aanbieder met 50 personen zorg doet verlenen, gaat het naast personen die in loondienst zijn ook om personen die op een andere basis actief zijn, zoals op basis van inhuur of een toelatingsovereenkomst. Bovendien tellen niet alleen fulltime-, maar ook parttime- en nulurenverbanden mee. Kortom, zorgaanbieders met

samenwerkings- of fusieplannen kunnen aan de gang langs de NZa nauwelijks ontkomen. Hierna wordt ingegaan op de gevolgen die dat heeft voor kleine en (middel)grote zorgaanbieders.

4. De toets is overbodig bij kleine zorgaanbieders

Terwijl veel zorgconcentraties bij ACM moeten worden gemeld, zijn er ook gevallen waarbij de betrokken partijen dermate klein zijn dat zij de verlaagde omzetcategorieën uit de Mw niet halen. Voor die zorgconcentraties geldt doorgaans wel dat zij bij de NZa gemeld dienen te worden. Dat hierbij in de praktijk disproportioneel veel kleine zorgaanbieders

Lid Dupuis: Ik ben in de veertien en een halfjaar lidmaatschap van de Eerste Kamer wel eens vaker ongelukkig, bedroefd, verontrust, teleurgesteld of ontevreden geweest over een wetsvoorstel met de bijbehorende stukken. Maar wat hier wordt opgeschreven gaat wel heel ver en verdient zeker geen instemming.

worden geraakt, is al na een half jaar duidelijk. Van de 23 besluiten die de NZa nu heeft gepubliceerd, zien er slechts drie op een concentratie waarbij tenminste één ziekenhuis is betrokken.¹⁴ Een fors deel van de besluiten betreft concentraties waarbij slechts kleine zorgaanbieders betrokken zijn, zoals de overname van één tandarts door een samenwerkingsverband van tandartsen en de overname van één huisarts door Arts en Zorg.¹⁵ De argumenten die bij totstandkoming van de wet zijn aangewend om alle zorgaanbieders die met 50 personen of meer zorg doen verlenen binnen het bereik van de toets te laten vallen, snijden geen hout. Zo ontbreekt in de wetgeschiedenis overtuigend bewijs voor het feit dat de toets bij zorginstellingen met meer dan 50 werknemers op zijn plaats is.¹⁶ Opvallend hierbij is dat een zorginstelling met 50 werknemers, naast een cliëntenraad (CR) ook een onder-

mei 2014, zie www.bundeskartellamt.de.

7 Advies Raad van State en nader rapport gepubliceerd op 10 mei 2012.

8 Dat oordeel velde de Raad in 2009 ook over een eerder wetsvoorstel om te komen tot een zorgspecifieke fusietoets, het zou geen geschikte maatregel zijn om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te verbeteren.

9 Nota naar aanleiding van verslag gepubliceerd op 10 oktober 2012.

10 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 253, nr. 3, p. 12 en p. 15. De NZa gaat ook na of door de concentratie de continuïteit van een limitatief aantal vormen van cruciale zorg in gevaar komt. Het betreft ambulancezorg, spoedeisende hulp, acute verloskunde, crisisopvang GGZ en AWBZ bezien in de sociale context.

11 *Kamerstukken I* 2012-2013, 32 402, D.

12 BoZ, brief aan de vaste commissie voor VWS inzake wetswijzigingen WMG, WCZ en andere wetten in de Tweede kamer, 9 juni 2012, p. 3, en D.W.L.A. Schrijvershof, 'De zorgspecifieke fusietoets creëert dubbelwerk', *Financieele Dagblad*, 6 november 2013.

13 D.W.L.A. Schrijvershof, 'De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?', *Tijdschrift MP* 2013, nr. 5, 178-185.

14 Uitgaande van de stand van zaken in augustus 2014, zie www.nza.nl/zorgonderwerpen/dossiers/fusies/publicaties/.

15 Zie NZa besluit Samenwerkende Tandartsen Nederland B.V. en Tandartspraktijk T. Giltay, 7 mei 2014, NZa besluit Health Angels B.V. – de heer T.P.R. Boringa, 16 juni 2014 en NZa besluit Samenwerkende Tandartsen Nederland B.V. en Tandartspraktijk T. Giltay, 7 mei 2014, zie www.nza.nl.

16 *Kamerstukken II* 2010-2011, 33 253, nr. 3, p. 29: "In de situatie, waarin geen sprake is van zorg doen verlenen door in de regel 50 personen of meer, staan de lasten die deze toets meebrengt niet in verhouding tot het doel en is het concentratieverbod niet van toepassing op die zorgaanbieder. In dergelijke gevallen mag worden aangenomen dat er voldoende contact is tussen het bestuur, de werkvloer en de cliënten, waardoor geborgd is dat hun belangen mee worden genomen in een concentratievoornemen. Het risico dat de bereikbaarheid van de zorgverlening in zo'n geval in gevaar komt is dan minimaal." Niet valt in te zien waarom dit bij aanbieders die met meer dan 50 werknemers actief zijn niet het geval is.

nemingsraad (OR) dient te hebben.¹⁷ Dat raakt de kern van het probleem; de toets is overbodig. Wanneer procedures onvoldoende worden gevolgd, of de OR of CR het om ander redenen oneens zijn met fusieplannen, beschikken zij al over (juridische) mogelijkheden om zich daartegen te verzetten. Ondernemingsraden weten hun weg naar de Ondernemingskamer (OK) ook al te vinden.¹⁸ In 2010, een jaar dat er veel zorgfusies waren, werd gesignaleerd dat er in de zorg sprake was van een toename van de gang naar de OK door ondernemingsraden.¹⁹ Ook komt het voor dat een CR die route bewandelt.²⁰ Voorbeelden dat als een gevolg daarvan een zorgfusie is afgeblazen, zijn er ook.²¹ Daarnaast zijn er gevallen bekend waar de OR dreigde met een stap naar de OK.²² Afgezien hiervan geldt dat ongewenste fusieplannen geregeld ook leiden tot dermate stevig intern verzet dat een bestuurder vertrekt en

redenering, er lijkt geen dwingende reden te zijn waarom die niet evenzeer voor de zorgsector geldt. ACM lijkt hier in 2013 ook al indirect op te hebben gewezen.²⁶

5. De toets is ook overbodig bij (middel) grote zorgaanbieders

Zorgconcentraties zijn gezien de eerder genoemde verlaagde omzetrempels al snel meldingsplichtig bij ACM. Door de komst van de zorgspecifieke fusietoets zijn veel zorgaanbieders gehouden hun fusieplannen nu eerst aan de NZa voor te leggen om vervolgens bij ACM te kunnen melden. Bij iedere zorgconcentratie nodigt ACM belanghebbenden uit om hun zienswijze te geven en ACM gaat daar ook op in.²⁷ Bovendien geldt dat cliëntenraden die bedenkingen hebben bij een zorgconcentratie ook zelfstandig de weg naar ACM vinden.²⁸ Daarnaast sturen belangenverenigingen ongevraagd hun visie aan ACM. Zo gaf de Nederlandse Patiënten en Consumenten Federatie (NPCF) in 2013 bij ACM aan bedenkingen te hebben bij een ziekenhuisfusie.²⁹ ACM neemt dat ook mee in haar besluitvorming. Dat bewijst de gang van zaken bij de fusie van het Lievensberg Ziekenhuis en Ziekenhuis St. Franciscus.³⁰ Kortom, tijdens het traject bij ACM kunnen naast betrokkenen uit de eigen organisaties ook derden (zoals NPCF, Consumentenbond, zorgverzekeraars, gemeenten) hun visie geven. Zouden belanghebbenden niet uit eigen beweging naar voren treden, dan is ACM vanwege de Beleidsregel doorgaans gehouden navraag bij deze partijen te doen. Niet alleen houdt ACM rekening met de inbreng van de CR en OR. Mocht ACM ondanks hun bezwaren de concentratie goedkeuren dan kunnen zij beroep bij de Rechtbank Rotterdam aantekenen.³¹ De praktijk wijst ook uit dat als bezwaren van de CR en/of OR bij ACM niet uit de verf komen, een concentratie daarop alsnog kan afketsen. Dat bewijst de mislukte overname van het LangeLand Ziekenhuis door Fundis. Nadat ACM akkoord ging met deze overname werd de transactie na een uitspraak van de OK alsnog afgeblazen.³² Kortom, als de OR, de CR of belangenverenigingen op goede gronden gekant zijn tegen een concentratie, zijn er voldoende mogelijkheden om daar met succes tegen in het geweer te

Die instemming kwam er wel en nu zitten de NZa en de sector met een toets die overbodig is en dubbel werk creëert.

fusieplannen niet uitkomen. Daarnaast komt het voor dat aanbieders om andere redenen hun fusieplannen staken.²³ Terecht heeft de vereniging Brancheorganisaties Zorg er meermaals op gewezen dat met de zeer lage drempels de zorgspecifieke fusietoets haar doel voorbij schiet.²⁴ De toets zou slechts bedoeld zijn om de vorming van ongewenste 'zorgmolochen' tegen te gaan en niet om de hele sector te raken. Dat betoog bleek aan dovemans oren gericht. Dit terwijl bekend is dat *en bloc* meer toetsen door toezichthouders ook een keerzijde heeft. Het kan onnodig veel capaciteit van de toezichthouder vergen en ten koste gaan van de dynamiek in een sector. In dit kader is interessant dat De Nederlandse Bank onlangs van ACM het advies kreeg op kleinere banken een lichter toezichtsregime toe te passen dan op grote banken.²⁵ Wat ook zij van ACM's

17 Art. 2 lid 1 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen.

18 Hof Amsterdam 21 april 2010 (*OR/St. Centrum Maliebaan*), LJN BM2019, «JOR» 2010/188 en Hof Amsterdam 27 februari 2014 (*OR Fundis Holding BV/Fundis Holding BV*), ECLI:NL:GHAMS:2014:556.

19 'Zorg vaker naar Ondernemingskamer', 2 november 2010, zie www.skipr.nl.

20 Hof Amsterdam 29 april 2010 (*Centrale Cliëntenraad/St. Zorgcentra De Betuwe*), LJN BM3172, Hof Amsterdam 19 april 2013 (*Cliëntenraad St. Ilmarinen/St. Ilmarinen*) en Hof Amsterdam 20 mei 2010, ARO 2010/90; «JOR» 2010/188 (*Centrale Cliëntenraad St. Sherpa*).

21 'Fusie Amerpoort en Sherpa van de baan', 21 april 2009, zie www.zorgvisie.nl.

22 'Cliëntenraad dreigt Mondriaanbestuur', 1 december 2012, zie www.limburger.nl.

23 'Domper voor SDW zorg; Gors breekt fusieproces af', 17 juli 2014, zie www.dagroosendaal.nl.

24 Supra noot 12. 'ActiZ, GGZ Nederland, NFU, NVZ en VGN werken samen in de BOZ', zie www.brancheorganisatieszorg.nl.

25 ACM, 'ACM doet aanbevelingen om concurrentie in de bankensector te vergroten', 12 juni 2014, "In de bankensector is regelgeving en toezicht voor alle banken – groot of klein – grotendeels hetzelfde. Terwijl een faillissement van een kleine bank minder schadelijk is voor de economie dan van een grote bank. Toetreders worden daardoor onnodig zwaar

belast. [...]” Henk Don, bestuurslid van ACM: "Wij pleiten voor meer maatwerk bij regelgeving en toezicht."

26 *Marktvisie ACM*, 11 april 2013, p. 7, "Ook buiten de semi-publieke sfeer zijn fusies en overnames niet steeds succesvol. Dat risico ligt nadrukkelijk bij de onderneming. In de zorg zal dit risico echter ook de publieke zaak treffen en bij een grote instelling doet dat meer pijn dan bij een kleine."

27 Bijv. Besluit ACM, 7558/36, 16 april 2013, Parnassia Groep – 1nP.

28 Besluit van de NMa in zaak Parnassia Bavo Groep – St. Emergis, 27 februari 2012.

29 Zie brief NPCF aan ACM, 10 juni 2013, zie www.npcf.nl.

30 Zie het bericht ACM, 'Meer onderzoek nodig naar West-Brabantse ziekenhuisfusie', 12 juni 2013.

31 Zo stelde NPCF beroep bij de Rechtbank Rotterdam in tegen het besluit waarmee ACM akkoord gaf voor de fusie van het Lievensberg Ziekenhuis en Ziekenhuis St. Franciscus.

32 Hof Amsterdam 27 februari 2014 (*OR Fundis Holding BV/Fundis Holding BV*), ECLI:NL:GHAMS:2014:556.

komen. De zorgspecifieke fusietoets voegt hier niets aan toe.

6. De toetsing is disproportioneel

Bij de toetsing wordt geen onderscheid gemaakt tussen kleine en (middel)grote zorgaanbieders. De vragenlijst uit het meldingsformulier is voor iedere aanbieder even lang en gedetailleerd. Iedere zorgaanbieder dient een effectrapportage bij de NZa in te dienen. Dat vergt dat tal van stukken overgelegd worden aan de NZa.³³ De NZa meent de effectrapportage openbaar te moeten maken. De NZa verlangt daarbij van alle aanbieders dat zij de antwoorden op alle vragen uitschrijven. Er kan dus niet volstaan worden met een verwijzing naar bijlagen waar het antwoord uit volgt. Hierbij moet worden aangetekend dat de Tweede Kamer niet overtuigd was dat de effectrapportage wel voldoende meerwaarde biedt en daarom de motie Dijkstra aannam.³⁴ Al eerder is toegelicht dat hierbij het paard achter de wagen is gespannen, omdat het onderzoek naar het nut van de rapportage uiteraard vóór en niet na invoering van de wet plaats had moeten vinden.³⁵ Nu dit achterwege is gelaten, is de sector opgezaald met een tijdrovend meldingsproces dat een disproportionele inspanning van de aanbieders vergt. Het proces bij de NZa kost niet alleen tijd, maar brengt ook de nodige kosten met zich.³⁶ Uiteraard kunnen zorgaanbieders, zeker in tijden van bezuiniging, die tijd en middelen beter besteden.³⁷

7. Tegelijkertijd creëert de toets schijnzekerheid

Als toegelicht, wordt de NZa geacht zo'n beetje iedere zorgconcentratie te toetsten. Gaat de NZa akkoord dan geeft zij in haar besluit op basis van een 'fusie effectrapportage' groen licht voor de concentratie. De toets creëert daarmee een schijnzekerheid. Inhoudelijk is er sprake van schijnzekerheid, omdat de NZa geen (volle) inhoudelijke toetsing van de gevolgen van de concentratie mag verrichten.³⁸ De

NZa is gehouden een procedurele toetsing te verrichten en heeft slechts beperkte mogelijkheden om een concentratie tegen te houden. Procedureel is er ook sprake van schijnzekerheid, omdat als het er om spant de NZa de *stakeholders* naar andere loketten verwijst. Zo maakt de NZa duidelijk dat als zij een concentratie goedkeurt en de OR of CR het daarmee oneens zijn zij hun heil elders, zoals bij de OK, moeten zoeken.³⁹ Dit bewijst dat de toets niets toevoegt.⁴⁰

8. Ook tegenstrijdige visies van de NZa en ACM worden niet uitgebannen

Het wetsvoorstel voorzagt in de komst van een procedurele toetsing door de NZa mét afschaffing van de systematiek waarbij de NZa ook een zienswijze aan ACM geeft. Dat laatste punt is in de Tweede Kamer teruggedraaid.⁴¹ Daardoor kan de NZa nu tweemaal haar oordeel over dezelfde zorgconcentratie vellen. Eerst is zij met de zorgspecifieke toets aan zet. Vervolgens is ACM, nadat de NZa in het kader van haar fusietoets akkoord is gegaan, gehouden de NZa te vragen of de NZa een zienswijze aan ACM wenst te geven. Met die zienswijze dient ACM bij haar toetsing rekening te houden. De NZa erkent dat het mogelijk is dat zij eerst in het kader van haar fusietoets positief besluit, om vervolgens in haar zienswijze aan ACM een negatief oordeel over dezelfde zorgconcentratie te vellen. Kortom, het risico op dubbelwerk en tegenstrijdige oordelen van de NZa en ACM bij toetsing van zorgconcentraties is niet uitgebannen.

9. De NZa zit opgescheept met een gebrekkige wet

Terwijl diverse Kamerleden al bij de behandeling van het wetsvoorstel hebben gewezen op gebreken in het voorstel, zijn veel van die punten niet voor invoering van de wet op passende wijze geadresseerd.⁴² De wet kent nu zoveel gebreken dat een uitputtende beschrijving een aparte bijdrage vergt. Hierna worden enkele gebreken uitgelicht.

33 Zo zijn bij de melding van Bronovo en MHC tenminste 45 bijlagen aan de NZa overgelegd, zie de melding Bronovo/MCH, te raadplegen via www.nza.nl.

34 De motie luidt: "[...] constaterende dat de wet momenteel een achttal elementen voorschrijft waaraan ten minste aandacht moet worden besteed in de concentratie-effectrapportage; van mening dat voorkomen moet worden dat de wetgever onnodige vereisten stelt aan een concentratie-effectrapportage die leiden tot een ongewenste toename van de administratieve lasten en extra kosten voor fusierende partijen; verzoekt de regering om, in de evaluatie van het wetsvoorstel waarin de concentratie-effectrapportage wordt opgenomen, nadrukkelijk mee te nemen of de acht vereiste elementen daadwerkelijk van toegevoegde waarde zijn en of het mogelijk is, de eisen te vereenvoudigen."

35 Supra noot 13, p. 180.

36 De NZa heeft o.g.v. art. 49c Wmg bij de beoordeling van zorgconcentraties weliswaar een termijn van vier weken in acht te nemen, naar dit is geen dwingende termijn.

37 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 253, 9-2-10.

38 Enkel bij een beperkt aantal vormen van cruciale zorg, zie noot 10, mag de NZa nagaan of de continuïteit daarvan door de concentratie in gevaar komt.

39 De NZa tekent op haar website aan: "Zijn cliëntenraden of ondernemingsraden het niet eens met het NZa-besluit, bijv. omdat zij van mening zijn dat de zorgaanbieder onvoldoende gemotiveerd van hun adviezen is afgeweken, dan gelden de rechten en procedures die zijn opgenomen in de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen en in de WOR. Zij kunnen op basis daarvan bezwaar maken bij de commissie van vertrouwenslieden of de OK."

40 Ofschoon de NZa procedureel toetst of een oordeel en aanbevelingen van cliënten, personeel en andere betrokkenen overtuigend en beargumenteerd zijn meegewogen in de besluitvorming tot concentratie, meent de NZa als toegelicht in noot 39 dat de OR en CR niet bij de NZa maar elders hun heil dienen te zoeken als zij het oneens zijn met het NZa-besluit om een concentratie goed te keuren.

41 Dit is het gevolg van het amendement Van der Staaij, *Kamerstukken I* 2012-2013, 32 402, C.

42 Bijv. *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 253, 9-2-7. Lid Dupuis: "Ik ben in de veertien en een half jaar lidmaatschap van de Eerste Kamer wel eens vaker ongelukkig, bedroefd, verontrust, teleurgesteld of ontevreden geweest over een wetsvoorstel met de bijbehorende stukken. Maar wat hier wordt opgeschreven gaat wel heel ver en verdient zeker geen instemming."

Ten eerste is onvoldoende helder onder welke omstandigheden personen nu wel of niet mee dienen te worden gerekend om te bepalen of een zorgaanbieder met 50 personen zorg doet verlenen. Dat creëert in de praktijk problemen, omdat dit het verschil kan betekenen tussen wel of niet moeten melden bij de NZa.

Ten tweede lijkt de wet een weeffout te bevatten. Artikel 49a Wmg bepaalt dat de zorgaanbieder die met 50 personen zorg doet verlenen, gehouden is een concentratie in de zin van de Mw bij de NZa te melden. Wanneer een zorgaanbieder (een stichting of BV) die zelf niet met 50 personen zorg doet verlenen een concentratie aangaat met een entiteit die evenmin met 50 personen zorg doet verlenen, ontbreekt – naar de letter van de wet – de verplichting te melden bij de NZa. De NZa ziet dat echter anders. De NZa stelt uit te moeten gaan van de groep waartoe de zorgaanbieder behoort en zo kan in het voorgaande voorbeeld toch sprake zijn van een meldingsplicht.⁴³ Dat is volgens de NZa bijvoorbeeld het geval wanneer een zorgaanbieder zeggenschap heeft over de voornoemde stichting of BV en die aanbieder wel kwalificeert als zorgaanbieder die met 50 personen zorg doet verlenen. Of dat standpunt voor een rechter standhoudt, is nog niet uitgemaakt. Feit is dat er onduidelijkheid bestaat over de houdbaarheid van dit standpunt van de NZa.

10. De NZa is belast met handhaving van die gebrekkige wet

De NZa wordt geacht de wet te handhaven. Gebeurt dat onvoldoende dan ontstaat het risico dat de sector de toets niet serieus neemt. Gezien de lage drempels is het geenszins uitgesloten dat er al diverse ongemelde concentraties zijn.⁴⁴ Feit is dat NZa in de eerste acht maanden dat de toets van kracht is nog geen boetes heeft opgelegd voor ongemelde concentraties. Beleid hoe om te gaan met niet (tijdig) gemelde concentraties en beboeting daarvan, moet de NZa nog publiceren. Ook de effectieve opsporing van en handhavend optreden bij niet gemelde concentraties zal de nodige capaciteit van de NZa vergen. Legt de NZa hierbij boetes op dan zal dat, gezien de onduidelijkheid over de reikwijdte van de wet, al snel een bezwaarprocedure bij de NZa uitlokken. Ook dergelijke processen vergen capaciteit van de NZa.

11. Verleg de focus naar de zorginkoop

De NZa heeft niet alleen te maken met de gevolgen van de komst van de fusietoets, maar ook met de gevolgen van bezuinigingen.⁴⁵ Zonder forse en permanente capaci-

teitsuitbreiding zal sprake zijn van de volgende afruil. Het verplicht meer tijd besteden aan de toetsing van zorgconcentraties en alle bijbehorende werkzaamheden betekent minder capaciteit voor andere werkzaamheden van de NZa. Zelfs als de NZa extra capaciteit krijgt, is het de vraag of die capaciteit niet anders moet worden benut. De zorgsector verkeert volop in transitie en dat zal de komende jaren niet snel veranderen.⁴⁶ Niet in de laatste plaats nu de regering en de NZa voorstander zijn van maatregelen die de inkoopmacht van de zorgverzekeraars verder versterken.⁴⁷ Dat dit ingrijpende consequenties voor zorgaanbieders en verzekerden heeft, wordt niet alleen door zorgaanbieders maar inmiddels zelfs door een zorgverzekeraar gesignaleerd.⁴⁸ Dat roept de vraag op waarom de NZa het licht zag. Zelf zegt de NZa daarover: “De NZa maakt en bewaakt goed werkende zorgmarkten. De belangen van de consument staan daarbij centraal. Efficiëntie op korte en lange termijn, markttransparantie, keuzevrijheid, toegang tot zorg en de kwaliteit zijn gewaarborgd. De consument krijgt zo de beste waar en waarde voor zijn zorggeuro”.⁴⁹ De zorginkoop speelt hierbij in toenemende mate een grote, zo niet cruciale rol.⁵⁰ Volgens critici zou de NZa hier te weinig aandacht aan besteden.⁵¹ Wat hier ook van zij, feit is dat de NZa tot op heden haar AMM-instrument wel ten aanzien van zorgaanbieders, maar nog niet ten aanzien van een zorgverzekeraar heeft ingezet.⁵² Dat lijkt niet snel te kunnen liggen aan een gemis aan signalen over de zorginkoop door zorgverzekeraars. Aan signalen en ‘brandbrieven’ geen gebrek.⁵³ Volgens de NZa richt haar toezicht op het contracteerproces zich vooral op de vraag of zorgverzekeraars aan de randvoorwaarden van de zorgplicht voldoen.⁵⁴ Van door de NZa actief (regulerend) optreden bij het contracteerproces door zorgverzekeraars is in ieder geval nog geen sprake. Dat neemt niet weg dat dit wel eenvoudig mogelijk is. Zo heeft de NZa al de bevoegdheid op grond van artikel 45 Wmg om (voor delen van de zorg) regels op te stellen die verzekeraars tijdelijk in acht dienen te nemen bij het contracteerproces. Dit om een zo transparant, non-discriminatoire en tegelijkertijd efficiënt mogelijk contracteerproces te kunnen garanderen.⁵⁵ Dat wordt voor de zorg, zeker

43 Bijv. het NZa besluit inzake DC Groep B.V.– DC Skoop Almere B.V., 16 april 2014, zie www.nza.nl.

44 Zo valt op dat terwijl het type concentratie zoals vermeld in noot 15 uiteraard geregeld plaats heeft, dit type concentratie slechts een relatief beperkt gedeelte vormt van het aantal concentraties dat tot op heden is gemeld bij de NZa.

45 Zie bijv. NZa, ‘Werkprogramma en begroting NZa 2013’, p. 10.

46 *Marktvisie ACM*, 11 april 2013, p. 6 e.v.

47 *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 362, nr. 2, Headline, ‘NZa: vrije artskeuze niet ter discussie’, 7 april 2013, p. 8 en NZa, ‘Zorgverzekeraars voldoen aan zorgplicht en kopen steeds beter zorg in’, 12 maart 2014, zie www.nza.nl.

48 ‘Open brief DSW aan minister Schippers’, *NRC Handelsblad* 28 mei 2014.

49 Missie van de NZa, zie www.nza.nl/organisatie/overdenza/98050/.

50 Zie in dit kader ook ACM’s opmerkingen in: ‘ACM wijst zorgverzekeraars op mededingingsrisico bij uitvoering gezamenlijke plannen spoedeisende zorg’, 16 juli 2014, zie www.acm.nl.

51 M.Ph.M. Wiggers, *De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector. Een toetsing aan het Europees mededingingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 22.

52 Zie bijv. NZa besluit, Thuisapotheek – Huisartsenpraktijk Prinsenbeek, 11 juli 2013, zie www.nza.nl.

53 Bijv. Brief Actis aan het ministerie van VWSb, 17 juli 2014, ‘Inkoopbeleid in relatie tot overheidsbeleid’, zie www.actis.nl.

54 Zie NZa, ‘Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw’, december 2013, p. 4, zie www.nza.nl.

55 De NZa maakte eerder gebruik gemaakt van deze bevoegdheid door vaststelling van de regeling inzake transparantie contracteerproces

wanneer regeringsplannen ten aanzien van de zorginkoop zoals de bevordering van selectiever contracteren en aanpassing van het hinderpaalcriterium zijn beslag krijgen, meer dan ooit van belang.⁵⁶

12. Conclusie

Eerder is geopperd de mededingingsrechtelijke bevoegdheden van de NZa 'in te varen' in ACM.⁵⁷ Minister Schippers meldde geen heil in die aanpak te zien.⁵⁸ Wel gaf zij aan dat de zorgspecifieke fusietoets dit jaar mee wordt genomen in de evaluatie van de NZa.⁵⁹ Dat lijkt goed nieuws,

maar het is onvoldoende. In deze bijdrage zijn slechts enkele elementen van de toets tegen het licht gehouden. Alleen daaruit al volgt dat de toets dubbelwerk creëert en overbodig is. Zou de minister de NZa, de zorgaanbieders en de verplicht verzekerden ter wille willen zijn, dan doet zij er goed aan de toets op de kortst mogelijke termijn af te schaffen. Dit zodat de NZa kan doen waar behoefte aan is: toezicht houden op de zorginkoop door zorgverzekeraars en zorgkantoren. De minister drong er in 2013 bij de Eerste Kamer op aan het wetsvoorstel voor de toets snel aan te nemen.⁶⁰ Enkele maanden later was dit reeds het geval. Ik hoop dat de minister nu met minstens zoveel voortvarendheid zorgt voor afschaffing van de zorgspecifieke fusietoets.

inzake AWBZ, zie CA/NR-100.078.

56 Van de transparantieplichtingen zoals die voorzien worden in het kader van het wetsvoorstel gericht op de aanpassing van art. 13 Zvw mag op voorhand niet dezelfde werking als van een art. 45 Wmg-regeling worden verwacht.

57 Supra noot 51, p. 369.

58 D.W.L.A. Schrijvershof, 'Boekbespreking: Marc Ph.M. Wiggers, De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector. Een toetsing aan het Europees mededingingsrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013; *M&M* 2013, nr. 3, 98-102.

59 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 253, nr. K.

Over de auteur

mr. D.W.L.A. (Diederik) Schrijvershof is advocaat bij Maverick Advocaten N.V.
e-mail: zip@sdu.nl

60 Supra noot 11.