

Sjaak van der Heul is sinds 2008 advocaat in de vakgroep aanbesteding, mededinging en staatssteun van Dirkzwager. Hij adviseert bedrijven en zorginstellingen over de mogelijkheden om samen te werken in overeenstemming met het mededingingsrecht en staat hen bij in juridische procedures. Hij heeft regelmatig fusies in de zorgsector succesvol gemeld bij de ACM en de NZa.



(Te) scherp toezicht van de ACM op samenwerking en fusies van ziekenhuizen

Op grond van de Mededingingswet moet een voorgenomen fusie of overname in de zorgsector regelmatig bij de Autoriteit Consument & Markt ("ACM") worden gemeld. Veruit het grootste deel van alle fusies werd door de ACM goedgekeurd, in sommige gevallen na een diepgravend onderzoek. Zij was vanwege veronderstelde afnemersmacht bij zorgverzekeraars zelfs bereid mee te werken aan zorgfusies, ook als deze tot hoge marktaandelen konden leiden. Recent lijkt er een omslag bij de ACM zichtbaar. Zij heeft geconcludeerd dat ziekenhuisfusies mogelijk leiden tot hogere prijzen zonder compenserende kwaliteitsstijging. De ACM heeft strenger toezicht op ziekenhuisfusies aangekondigd.

1. Toepassing Mededingingswet in de zorgsector

De ACM houdt preventief toezicht op concentraties (zoals fusies en overnames). De Mededingingswet - en dus het concentratietoezicht door de ACM - zijn uitsluitend van toepassing op ondernemingen. Ondernemingen zijn alle entiteiten (ongeacht hun rechtsvorm en eventueel winst oogmerk) die economische activiteiten ontplooiën. Als economische activiteiten wordt aangemerkt het aanbieden van goederen of diensten op een markt.

In twee visiedocumenten uit januari 2014 heeft de ACM geconcludeerd dat zowel ziekenhuiscare¹ (cure) als langdurige zorg² (care) door zorgaanbieders op een markt worden aangeboden. Sindsdien is de mededingingswet onverkort op de zorgsector van toepassing. In deze bijdrage staat de toepassing van de Mededingingswet (en meer in het bijzonder het concentratietoezicht) door de ACM in de cure- en ziekenhuissector centraal.

2. Het toetsingskader voor fusies (in de zorgsector)

Het concentratietoezicht door de ACM vindt plaats in twee fasen, de meldingsfase en (uitsluitend indien nodig) de vergunningsfase. Melding is verplicht als de betrokken ondernemingen de omzetcriteria uit de Mededingingswet overschrijden. Beneden deze drempels zijn fusies altijd toegestaan.³ In het algemeen geldt dat concentraties alleen

bij de ACM gemeld moeten worden als (i) de gezamenlijke wereldwijde omzet van de betrokken ondernemingen ten minste EUR 150 miljoen bedraagt, en (ii) de omzet in Nederland van iedere betrokken onderneming ten minste EUR 30 miljoen.

Voor de zorgsector zijn deze omzetcriteria bij besluit (in ieder geval tot 1 januari 2023) tijdelijk verlaagd tot EUR 55 miljoen (gezamenlijk) respectievelijk EUR 10 miljoen (ieder individueel).⁴ Reeds door de verlaagde omzetcriteria dienen zorgaanbieders voor voorgenomen fusies eerder goedkeuring van de ACM te vragen dan ondernemingen uit andere sectoren.

Als reden voor dit verscherpte fusietoezicht geeft de wetgever drie redenen:

- de zorgsector is (nog steeds) in transitie naar (meer) marktwerking;
- zorgaanbieders beschikken over enige vorm van marktmacht als gevolg van een informatievoorsprong (op het gebied van bijvoorbeeld kwaliteit) ten opzichte van zorginkopers en patiënten;
- zorgaanbieders hebben in de regel hoge marktaandelen doordat zij veelal actief zijn op relatief kleine/lokale geografische markten (door de relatief beperkte reisbereidheid van patiënten).

In de meldingsfase verbiedt de Mededingingswet ondernemingen een concentratie tot stand te brengen voordat het voornemen daartoe aan de ACM is gemeld en vervolgens vier weken zijn verstreken (de wachtperiode). Gedurende de wachtperiode doet de ACM onderzoek naar de vraag of zij reden heeft om aan te nemen dat de daadwerkelijke concurrentie op de relevante markt op significante wijze zou kunnen worden belemmerd door de concentratie. Dat is het geval als de voorgenomen concentratie een economische machtspositie op een van de relevante markten in het leven roept of versterkt. De ACM maakt in de ziekenhuissector onderscheid tussen de relevante markten basiszorg en

topzorg. Met basiszorg wordt bedoeld de zorg die in alle ziekenhuizen geleverd kan worden. Onder topzorg wordt verstaan alle zorg die vanwege de hogere complexiteit niet kan worden aangeboden door basisziekenhuizen.

Indien de melding naar het oordeel van de ACM onvoldoende informatie biedt om deze beoordeling te maken, kan de ACM aanvullende vragen stellen. De wachtperiode wordt in dat geval opgeschort tot de vragen zijn beantwoord.

Als de ACM gedurende de wachtperiode constateert dat een concentratie mededingingsrisico's meebrengt, kan zij bij besluit een vergunningseis stellen. In dat geval hebben de fuserende ziekenhuizen de keus om de voorgenomen fusie af te blazen dan wel een vergunning aan de ACM te vragen voor de voorgenomen concentratie.

Na de vergunningsaanvraag zal de ACM een diepgravender marktonderzoek doen naar de gevolgen van de voorgenomen concentratie dan in de meldingsfase. Voor dit onderzoek krijgt de ACM een wettelijke termijn van dertien weken (die eveneens kan worden opgeschort door aanvullende vragen aan de meldende partijen). Een vergunning mag alleen door de ACM worden geweigerd als zij heeft vastgesteld dat de concurrentie door de voorgenomen fusie daadwerkelijk wordt beperkt. De motiveringsplicht voor de ACM wordt daarmee aanzienlijk verhoogd ten opzichte van de meldingsfase. Als vuistregel kan worden gehanteerd dat een concurrentiebeperkende economische machtspositie – behoudens tegenbewijs – ontstaat bij een marktaandeel van meer dan 50%.

Op het moment dat uit de melding of vergunningsaanvraag blijkt dat de fuserende ziekenhuizen een gezamenlijk marktaandeel hebben van meer dan 35% dient de ACM op basis van een sectorspecifieke beleidsregel⁵ in haar motivering in ieder geval rekening te houden met de volgende zorgspecifieke aspecten:

- de transparantie van kwaliteit van zorg;
- het reisgedrag of de reisbereidheid van cliënten;
- de mogelijkheden voor toetreding van zorgaanbieders;
- de mate waarin zorginkopers invloed hebben op het keuzegedrag van cliënten.

Cliëntenraden en de betrokken inkopers (zorgverzekeraars en gemeenten) mogen hun zienswijze over de voorgenomen concentratie geven. Blijkens deze beleidsregel hecht de minister er belang aan dat de ACM de mening van inkopers en gebruikers over het concurrentieproces (zwaar) meeweegt.

3. *Compenserende afnemersmacht*

Compenserende afnemersmacht kan een reden zijn ondanks een hoog marktaandeel (van meer dan 50%) toch groen licht te geven voor een voorgenomen concentratie.⁶ Concurrentiedruk op de fuserende ziekenhuizen wordt immers niet alleen uitgeoefend door hun concurrenten, maar kan ook uitgaan van zijn afnemers. Zelfs ondernemingen met zeer grote marktaandelen zullen na een fusie wellicht niet in staat zijn de daadwerkelijke concurrentie op significante wijze te belemmeren, en zich onafhankelijk op te stellen ten opzichte van zorgverzekeraars als zij beschikken over voldoende afnemersmacht.

Bij de beoordeling van ziekenhuisfusies moet compenserende afnemersmacht worden begrepen als de sterke

onderhandelingspositie van zorgverzekeraars in de onderhandelingen met het fusieziekenhuis. Die sterke onderhandelingspositie moeten zij te danken hebben aan hun omvang, commerciële betekenis en hun vermogen om voor de zorginkoop over te schakelen op andere ziekenhuizen. Overschakelen op andere ziekenhuizen kan plaatsvinden ofwel door patiënten/verzekerden te sturen naar een alternatief ziekenhuis, ofwel door toetreding op de relevante markt te bevorderen (bijvoorbeeld door te investeren in alternatieve capaciteit). De mogelijkheid van verzekeraars om patiënten en/of toetreders te sturen wordt in de zorgsector ook wel aangeduid als selectieve inkoop.

Voor het bestaan van compenserende afnemersmacht is wel van belang dat een dreigement tot overstappen reëel is. Daarvoor is vereist dat een zorgverzekeraar onmiddellijk (of binnen een redelijke termijn) zijn toevlucht kan nemen tot andere ziekenhuizen indien het fusieziekenhuis zou besluiten de prijzen te verhogen dan wel de kwaliteit of de leveringsvoorwaarden anderszins te verslechteren.

4. *Efficiëntieverweer*

Het is mogelijk dat uit de fusie efficiëntieverbeteringen voortvloeien. Als wordt vastgesteld dat de fusie de concurrentie significant belemmert, kunnen deze voordelen zodanig opwegen tegen de nadelen dat de fusie alsnog groen licht van de ACM krijgt.⁷ Daarvoor is in ieder geval noodzakelijk dat de schade voor de consument wordt weggenomen. Voordat zij de efficiëntieverbeteringen kan meewegen, moet de ACM eerst vaststellen dat – naar haar oordeel – de voorgenomen fusie concurrentiebeperkend uit zal pakken.

De ACM houdt in haar beoordeling van een fusie in principe uitsluitend rekening met beweerde efficiëntieverbeteringen als zij ten goede komen aan de gebruikers (in de zorg dus vooral verzekeraars / patiënten), specifiek uit de fusie voortvloeien en verifieerbaar zijn. Deze voorwaarden gelden cumulatief. De bewijslast dat de efficiëntievoordelen opwegen tegen de concurrentienadelen, rust op de meldende partijen en is in de regel hoog. (Ook) buiten de zorgsector wordt een efficiëntieverweer slechts bij zeer hoge uitzondering gehonoreerd door de ACM (een zogenaamde Nee-tenzij-toets).

Een efficiëntieverweer in de ziekenhuissector kan bijvoorbeeld succesvol zijn als de ziekenhuizen onomwonden kunnen bewijzen dat de bereikbaarheid van verschillende zorglocaties (uitsluitend) door de fusie worden gegarandeerd, en dat de bereikbaarheid van deze locaties noodzakelijk is om de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg op de relevante markt te waarborgen.

5. *Remedies*

Tijdens de meldings- of vergunningsprocedure zal de ACM in ieder geval met partijen in overleg treden als zij voornemens is een vergunningseis te stellen (in de meldingsfase) dan wel de vergunning te weigeren (in de vergunningsfase). De Mededingingswet biedt partijen dan de mogelijkheid om remedies voor te stellen die de mededingingsbezwaren van de ACM weg moeten nemen. Hoewel remedies mogelijk zijn in zowel de meldingsfase als de vergunningsfase, staat de korte wachtperiode van vier weken in de regel in de weg van remedies in de meldingsfase.

Bij de beoordeling van remedies maakt de ACM onderscheid tussen structurele remedies,

gedragsremedies en een combinatie van beide.⁸ Structurele remedies brengen een structurele verandering op de markt teweeg. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de overname van een (poli)kliniek of behandelcentrum door een (potentiele) concurrent.

Bij gedragsremedies verbindt het fusieziekenhuis zich ertoe om na de voorgenomen fusie bepaald gedrag (al dan niet) te vertonen. Voorbeelden van gedragsremedies zijn de zorgsector zijn een prijsplafond bij het fusieziekenhuis en/of de verplichting van het fusieziekenhuis om faciliteiten aan derden (bijvoorbeeld concurrerende ziekenhuizen) ter beschikking te stellen tegen FRAND-voorwaarden (fair, reasonable and non-discriminatory).

Remedies kunnen alleen worden goedgekeurd wanneer deze effectief zijn doordat zij het probleem van de concurrentiebeperkende economische machtspositie volledig wegnemen. De ACM vereist daarom in de regel structurele remedies. De naam zegt het al, structurele remedies veranderen de structuur van de markt op een duurzame wijze en behoeven daarom na uitvoering in beginsel geen verder toezicht. Gedragsremedies daarentegen vergen een voortdurende regulering van het gedrag van ondernemingen en zullen – naast de medewerking van het fusieziekenhuis – in de regel toezichtlasten voor de ACM tot gevolg hebben. Juist het toezicht is volgens de ACM problematisch, omdat gedragsremedies ruimte voor interpretatie openlaten. Wanneer zijn voorwaarden bijvoorbeeld FRAND?

Indien remedies door de ACM worden goedgekeurd, kunnen deze als voorwaarde of verplichting door de ACM aan de fusie worden verbonden. De vergunning (of het besluit in de meldingsfase) wordt dan onder beperking verleend. Bij een door de ACM geconstateerde overtreding van een remedievoorschrift, kan zij deze overtreding afzonderlijk beboeten, een last onder dwangsom opleggen om de naleving van de remedie af te dwingen en/of haar goedkeuringsbeslissing (in de vergunnings- of meldingsfase) alsnog intrekken.

In de zorgsector heeft de ACM een aantal controversiële remedies aanvaard, waarover hierna meer.

6. Fusies gevolg van marktwerking in de zorg

Het zorgstelsel belegt inkoopmacht bij zorgverzekeraars. Zorgverzekeraars staan daarbij onder (politieke en maatschappelijke) druk om dit tegen zo laag mogelijke kosten te doen teneinde de verzekeringspremies van consumenten te beperken. Zorgverzekeraars hebben een wettelijke zorgplicht om voldoende zorg voor hun verzekerden in te kopen.

Zorgverzekeraars voldoen onder meer aan die zorgplicht door ziekenhuiszorg in te kopen bij ziekenhuizen. Zij gelden dus als (vrijwel) enige inkoper van ziekenhuiszorg. Zorgverzekeraars selecteren ziekenhuizen onder meer op basis van prijs en kwaliteit.

Om verzekerd te zijn van kwaliteit eisen zorgverzekeraars steeds vaker dat ziekenhuizen (als bewijs van kwaliteit) voor bepaalde behandelingen aan minimumnormen voldoen. Soms worden deze opgesteld door beroepsverenigingen, in andere gevallen varen zorgverzekeraars op eigen ervaringen (althans ervaringen van hun verzekerden).

Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat ziekenhuizen als belangrijkste redenen voor fusies geven⁹:

- Betere mogelijkheden voor subspecialisatie
- Betere bezetting/aanwezigheid specialisten
- Beter voldoen aan volumennormen/behoud zorgfuncties
- Betere opleidingsstatus
- Status als werkgever (kunnen aantrekken personeel)
- Wederzijds leren (n.a.v. uitwisseling best practices en standaardisatie processen etc.)
- Gemeenschappelijk Elektronisch Patiënten Dossier (EPD) als gevolg van fusie.

In veel gevallen veronderstellen ziekenhuizen dat zij slechts bij schaalvergroting aan de prijs- en kwaliteitsnormen van verzekeraars kunnen voldoen. De snelste weg naar schaalvergroting is een fusie, het alternatief (wegconcurreren van andere ziekenhuizen) is in de regel minder aantrekkelijk bijvoorbeeld in verband met de continuïteit van zorg.

7. Beoordeling ACM van ziekenhuisfusies: een korte terugblik

Sinds de introductie van de meldingsplicht voor voorgenomen ziekenhuisfusies in 2004 heeft de ACM circa 40 concentraties beoordeeld waarbij ziekenhuizen betrokken waren. Het merendeel van deze fusies is door de ACM al in de meldingsfase goedgekeurd omdat zij geen reden gaven om aan te nemen dat concurrentie na de fusie significant zou worden belemmerd. In de meldingsfase heeft de ACM in een aantal gevallen reden gezien om aan te nemen dat de concurrentie wel zou worden beperkt als gevolg van de concentratie.

De Mededingingswet verbindt aan die (initiele) conclusie uit de meldingsfase de verplichting dat de ACM een vergunningseis stelt voor een diepgravender onderzoek. Slechts eenmaal heeft de ACM een vergunning geweigerd. Fuserende ziekenhuizen in de regio Dordrecht zouden op het gebied van basiszorg de beschikking krijgen over een economische machtspositie. Er zouden na de fusie voor zorgverzekeraars onvoldoende alternatieve overblijven om (selectief) in te kopen. Tegen de afwijzing van de vergunning zijn de beoogd fusiepartners tevergeefs opgekomen bij de rechtbank Rotterdam.¹⁰ Daarmee is het beoordelingskader dat door de ACM bij ziekenhuisfusies wordt gehanteerd voor het eerst door de rechter getoetst.

8. De bronnen van kritiek: drie vergunningbesluiten op één dag

Drie gelijktijdige besluiten waarmee de ACM een vergunning heeft verleend voor voorgenomen zorgfusies in Zuid-Limburg¹¹, Tilburg¹² en Haarlem¹³, hebben tot kritiek geleid op het concentratietoezicht van de ACM geleid. Omdat de motivering van de ACM om een vergunning te verlenen grotendeels gelijklopend was, worden deze vergunningsbesluiten hier gezamenlijk besproken.

De ACM is haar analyses in de vergunningsbesluiten begonnen met de vaststelling dat het gefuseerde ziekenhuis de beschikking zou krijgen over een zeer hoog marktaandeel op de relevante markt. In principe reden om een vergunning te weigeren. Deze machtsposities van de fusieziekenhuizen zouden volgens de ACM echter worden gecompenseerd door afnemersmacht van verzekeraars en niet-bindende gedragsremedies van de fusieziekenhuizen.

De kritiek op de vergunningsbesluiten van de ACM is in de eerste plaats gelegen in (het ontbreken van) de verifieerbaarheid van de afnemersmacht en de remedies. De ACM zou (i) zijn afgestaan op (te) positieve inschatting van zorgverzekeraars over compenserende afnemersmacht althans deze veronderstellingen niet hebben gecontroleerd, en (ii) ten onrechte zijn uitgegaan van de naleving van niet-bindende toezeggingen van zorgaanbieders over hun toekomstige prijzen.

In de meldings- en vergunningsfasen hadden de inkomende zorgverzekeraars aan ACM laten weten dat zij positief stonden tegenover de fusie vanwege de positieve kwaliteitseffecten. Zij verwachtten geen negatieve gevolgen voor de prijs. In geval van een prijsverhoging zouden zij weliswaar niet direct, maar op termijn in staat zijn om hun patiënten te sturen naar andere ziekenhuizen en/of toetreding te bevorderen (door selectieve inkoop). De mogelijkheid tot voldoende selectieve inkoop bestond volgens zorgverzekeraars op het moment van goedkeuring echter nog niet (voldoende). Die zou afhankelijk zijn van de uitkomsten van de (lopende) transitie naar (meer) marktwerking.

Om twijfel bij de ACM over de concurrentiebeperkende gevolgen van de fusies weg te nemen hebben de ziekenhuizen toezeggingen aan de zorgverzekeraars gedaan. Kortgezegd kwamen die erop neer dat de prijzen niet boven een bepaald (te indexeren) prijsplafond zouden stijgen. De bijzonderheid van deze toezeggingen was dat zij tijdelijk en voorwaardelijk van aard waren en niet als remedieverplichting in het vergunningsbesluit zijn opgenomen. De toezeggingen waren daarmee in feite slechts een intentieverklaring van de fusieziekenhuizen, waardoor zij bij niet-naleving (in het uiterste geval) niet tot intrekking van de goedkeuringsbesluiten kunnen leiden.

Het feit dat de inschatting van verzekeraars de belangrijkste reden voor goedkeuring was, is in persbericht door (toenmalig) bestuurder van de ACM bevestigd:

“De zorgverzekeraar is aan zet om voor zijn verzekerden een zo goed mogelijke prijs/kwaliteitverhouding te bedingen bij de ziekenhuizen. De zorgverzekeraars zelf zijn hier optimistisch over. Henk Don, bestuurslid NMa: “Zij hebben al laten zien dat zij kunnen sturen op de kwaliteit van de zorg. Daar hebben de verzekerden direct voordeel van. Het prijsplafond werkt als een vangnet voor het geval de onderhandelingen op prijs/kwaliteit toch niet zo positief uitpakken als nu verondersteld wordt.”¹⁴

9. Verscherpt toezicht: twee marktonderzoeken in opdracht van de ACM

Sinds de hiervoor aangehaalde vergunningsbesluiten is het (politieke) landschap veranderd. De veronderstelde fusiegolf in de ziekenhuissector zou (ook volgens de minister van VWS) ongewenst zijn.¹⁵ Verzekeraars twijfelen aan de eerder door hen verwachte mogelijkheid om compenserende afnemersmacht uit te oefenen.

De praktijk van de ACM om fusies in de ziekenhuissector ondanks een hoog marktaandeel goed te keuren, heeft in april 2015 zelfs tot openlijke kritiek van de Nederlandse Zorgautoriteit geleid. Volgens de NZa was de ACM in diverse goedkeuringsbesluiten ten onrechte voorbijgegaan aan haar (intercollegiale) zienswijzen. Daarin had de NZa (op basis van door haar gehanteerde economische modellen)

de verwachting uitgesproken dat voorgenomen fusies forse prijsstijgingen als gevolg zouden kunnen hebben. De ACM heeft de kritiek altijd weersproken. De door de NZa gehanteerde modellen geven volgens de ACM een vertekend beeld. Zij gaan uit van bepaalde veronderstellingen die er in alle gevallen toe leiden dat een voorgenomen fusie tot prijsstijgingen leidt (ongeacht de resterende concurrentie).

Hoe dan ook heeft de ACM de kritiek kennelijk ter harte genomen. De ACM heeft kort na de kritiek van de NZa (al dan niet toevallig) voor het eerst een ziekenhuisfusie verboden (zie hiervoor). De grondslag voor het verbod was het gewijzigd inzicht van zorgverzekeraars over hun compenserende inkopersmacht. Hun ervaringen met eerdere ziekenhuisfusies die na een vergunning tot stand zijn gebracht, zijn kennelijk in hoofdzaak negatief.

De ACM heeft zelf twee marktonderzoeken naar de gevolgen van ziekenhuisfusies laten verrichten, een over de kwaliteit¹⁶, de ander over prijsontwikkeling¹⁷.

Het kwaliteitsonderzoek bestaat uit twee componenten. Een kwalitatieve analyse waarbij drie zorgfusies als case study zijn beoordeeld en een kwantitatieve analyse die de gevolgen van 14 ziekenhuisfusies op 97 kwaliteitsindicatoren. Daarbij zijn de fusieziekenhuizen vergeleken met een referentiegroep van niet gefuseerde ziekenhuizen. De resultaten van het onderzoek zijn neutraal. De 14 onderzochte ziekenhuisfusies hebben niet geleid tot duidelijke kwaliteitsvoordelen, maar ook niet tot kwaliteitsnadelen.

“Als onafhankelijk toezichthouder moet de ACM de indruk vermijden dat zij door de politiek of zorgverzekeraars wordt gestuurd.”

Desondanks was het kwaliteitsrapport aanleiding voor de ACM om ziekenhuisbestuurders drie aanbevelingen te geven:

- “Als ziekenhuizen een beroep doen op kwaliteitsvoordelen, zal ACM deze in haar fusiebeoordeling kritisch beoordelen. Voor ziekenhuizen betekent dit dat zij de verwachte kwaliteitsvoordelen in ieder geval concreet en specifiek moeten onderbouwen;
- De verdere ontwikkeling van eenduidige, toegankelijke en begrijpelijke kwaliteitsindicatoren blijft nodig en ACM zal zulke initiatieven ondersteunen;
- Ziekenhuizen zouden vaker andere, minder ingrijpende vormen van samenwerking moeten overwegen om de gewenste kwaliteitsvoordelen te bereiken.”¹⁸

Het tariefonderzoek uit december 2017 heeft de ontwikkeling onderzocht van de prijzen van alle gefuseerde ziekenhuizen in de periode 2007 – 2014 en deze vergeleken met niet-gefuseerde ziekenhuizen. De uitkomsten tonen volgens de ACM aan dat voor het merendeel van de onderzochte patiëntgroepen een prijsstijging is gevonden zonder compenserende kwaliteitswinst.

De ACM verbindt vergaande conclusies aan de marktonderzoeken. In een persbericht heeft de ACM laten weten dat de beide onderzoeken voor haar aanleiding zijn om verscherpt toezicht te houden op ziekenhuisfusies. Naast de twee onderzoeken wijst de ACM op andere ontwikkelingen die haar hebben geleid naar de verscherpte toezichtstijl:

- Concurrenten en zorgverzekeraars hebben meer aandacht voor de concurrentierisico's van voorgenomen fusies en onderbouwen deze steeds uitgebreider. - Zorgverzekeraars hebben groeiende praktijkervaring met fusies en kunnen met behulp van data-analyse hun stellingen onderbouwen (over bijvoorbeeld de door hen verwachte negatieve gevolgen van een fusie).

10. Kritische kanttekeningen

Met haar advies naar aanleiding van het kwaliteitsrapport gaat de ACM ten onrechte op de stoel van bestuurders zitten. De ACM dient op grond van de Mededingingswet onderzoek te doen naar de vraag of er aanwijzingen zijn dat de voorgenomen concentratie leidt tot een significante beperking van de concurrentie. Als er geen concurrentiebezwaren tegen de fusie zijn, dan dient de ACM de fusie goed te keuren ongeacht de vragen of er (i) toekomstige kwaliteitsvoordelen worden geclaimd en/of (ii) minder vergaande vormen van samenwerking door de betrokken ziekenhuizen zijn onderzocht.

Pas op het moment dat marktmacht als gevolg van een voorgenomen fusie aannemelijk wordt, kunnen kwaliteitsaspecten een rol gaan spelen in de beoordeling door de ACM. Uitsluitend in dat stadium van de concentratiecontrole mag de ACM de kwaliteitsvoordelen in het kader van een efficiëntieverweer meewegen.

De reden voor het gewijzigde toezicht blijkt duidelijk uit de toelichting van de ACM bij het prijsonderzoek uit december 2017.¹⁹ De gelijkblijvende kwaliteit van zorg van gefuseerde ziekenhuizen en de kennelijke prijsstijging zijn volgens de ACM te wijten aan onvoldoende afnemersmacht van zorgverzekeraars. De ACM hecht aldus nog altijd (doorslaggevend?) veel belang aan het oordeel van zorgverzekeraars.

Ten tijde van de drie hiervoor besproken vergunningsbesluiten heeft de ACM kennelijk (te)veel waarde gehecht aan de rooskleurige inschatting van zorgverzekeraars over hun inkoopmacht. Het is allerminst uitgesloten dat ACM nu een spiegelbeeldige fout maakt en onterecht vertrouwt op de perceptie van zorgverzekeraars dat zij in contractsonderhandelingen niet tegen fusieziekenhuizen op kunnen boksen. (De aankondiging van) het verscherpt toezicht kan daardoor als ongewenst neveneffect hebben dat fusieplannen in de kiem worden gesmoord, ook als een voorgenomen fusie wel degelijk een positief effect op de concurrentie (en de zorg) zou hebben.

Daar komt bij dat uitbesteding van het toezicht op fusies en samenwerkingen van ziekenhuizen aan marktpartijen ook anderszins niet wenselijk. Als onafhankelijk toezichthouder moet de ACM de indruk vermijden dat zij door de politiek of zorgverzekeraars wordt gestuurd. Ook al zijn zorgverzekeraars de belangrijkste afnemers van fusieziekenhuizen, dat laat de wettelijke verplichting van de ACM onverlet om te allen tijde een eigen onafhankelijke beoordeling van de (zorg) markt te maken. Zorgverzekeraars hebben andere/beperktere (eigen) belangen dan het publieke belang dat de ACM dient. Zij hoeven uitsluitend te voorzien in de zorgplicht van hun eigen verzekerden. De ACM heeft een breder belang, namelijk goed functionerende zorgmarkten.

De aankondiging van verscherpt toezicht op ziekenhuisfusies houdt geen rekening met het feit dat ziekenhuisfusies daaraan voorafgaand al onder het vergrootglas van de ACM lagen. Voor fusies in de zorgsector gelden namelijk de eerder aangehaalde verlaagde meldingsdrempels. Na melding zijn ook nog eens zorgspecifieke beleidsregels van toepassing die de ACM verplichten tot uitvoeriger beoordeling.

De strenge lijn van de ACM richting ziekenhuizen lijkt bovendien (rechts)ongelijkheid in de hand te werken. De ACM heeft niet gemotiveerd waarom op de ziekenhuissector scherper wordt toegezien dan op andere zorgsectoren, zoals de eerstelijns. In de eerstelijns hanteert de ACM een compleet andere stijl. Op grond van uitgangspunten toezicht ACM eerstelijns zorgaanbieders²⁰ zal de ACM juist niet handhavend optreden als eerstelijns zorgaanbieders volledig transparant en in overleg met afnemers een samenwerking aangaan. Indien daarbij de grenzen van het Mededingingsrecht worden bereikt zal de ACM eerst in gesprek gaan voordat een boete of verbod wordt opgelegd. Bij haar toezicht op de eerstelijns maakt de ACM kennelijk geen uitdrukkelijk punt van (het al dan niet ontbreken van) marktmacht bij zorgaanbieders en compenserende afnemersmacht (in de eerstelijns van gemeenten en zorgverzekeraars).

Het signaal richting eerstelijnsaanbieders impliceert dus juist een zachte toezichtsstijl en staat daarmee diametraal tegenover het signaal dat de ACM aan ziekenhuizen geeft. Daardoor wekt de ACM de indruk dat zij – afhankelijk van de politieke wind – sommige (zorg)sectoren harder aanpakt dan anderen. Dat is jammer, want de ervaring leert dat de ACM zich wel degelijk onafhankelijk opstelt (met het inherente risico dat zij zich soms bevindt in een ivoren toren).

Mijn advies aan de ACM is duidelijk. Ken de markt en besteed het toezicht niet uit aan (markt)partijen. Maak in iedere zaak een eigen afweging en baseer die afweging te allen tijde op hetzelfde toetsingskader en dezelfde toezichtsstijl. Dat komt de rechtszekerheid ten goede en voorkomt willekeur.

1 NMa Visiedocument 3128/55 Concurrentie in de ziekenhuissector, Den Haag, januari 2004, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/6848_Document_in_Microsoft_Internet_Visie_document_concurrentie_in_de_ziekenhuissector.pdf

2 NMa Visiedocument 1330/66, AWBZ-zorgmarkten, Den Haag januari 2004, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/5107_visiedocument%20AWBZ-zorgmarkten.pdf

3 NB. Mogelijk moet een concentratie in de zorgsector wel bij de NZa worden gemeld, ook als de drempels uit de mededingingswet niet worden overschreden. De NZa voert alsdan geen mededingingsrechtelijke toets uit.

4 Besluit tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, Stb 2017, 503.

5 Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders en zorgverzekeraars, Stcrt. 2013, 19570

6 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2004, C 31, randnummer 64 - 67

7 Idem, randnummer 78 - 88

8 Richtsnoeren voor de inhoud, indiening en tenuitvoerlegging van remedies bij concentraties, Stcrt. 2007, 187

9 Ziekenhuisfusies en kwaliteit van zorg, Onderzoek naar de effecten van ziekenhuisfusies op de kwaliteit van zorg, Significant, 26 juni 2016, p 19

https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16256_significant-onderzoek-effecten-ziekenhuisfusies-op-kwaliteit.pdf

10 Rb Rotterdam, 29 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7373

11 Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 2 november 2012 in zaak 7236

12 Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 2 november 2012 in zaak 7295

13 Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 2 november 2012 in zaak 7332

14 NMa keurt drie ziekenhuisfusies met prijstoezegging goed, Persbericht ACM van 2 november 2012, <https://www.acm.nl/publicaties/publicatie/10936/NMa-keurt-drie-ziekenhuisfusies-met-prijstoezegging-goed>

15 Zie bijvoorbeeld de brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 6 februari 2015 met kenmerk 723296, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/02/06/kamerbrief-over-verbeteren-kwaliteit-en-betaalbaarheid-zorg>

16 Significant 2016

17 Prijs- en volume-effecten van ziekenhuisfusies Onderzoek naar effecten van ziekenhuisfusies 2007-2014, ACM, 8 december 2017

18 Ziekenhuisfusies leiden niet tot aantoonbaar betere kwaliteit zorg, Persbericht ACM van 7 september 2016, <https://www.acm.nl/publicaties/publicatie/16257/Ziekenhuisfusies-leiden-niet-tot-aantoonbaar-betere-kwaliteit-zorg>

19 Toelichting ACM Verscherpte aandacht voor concurrentierisico's ziekenhuisfusies, 5 december 2017, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2017-12/toelichting-verscherpte-aandacht-voor-concurrentierisicos-ziekenhuisfusies-2017-12-05.pdf>

20 https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/14734_uitgangspunten-toezicht-acm-eerstelijnszorg-2015-09-19.pdf