

Publieke belangen in de zorg geborgd door toepassing van de mededingingsregels door de Nederlandse Mededingingsautoriteit?

Y.A. Maasdam*

1 Inleiding

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de publieke belangen toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg voldoende geborgd zijn bij de toepassing van de mededingingsregels door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De NMa worstelt zichtbaar met deze vraag,¹ maar heeft daar tot nu toe nog geen adequaat antwoord op kunnen geven.

De NMa worstelt zichtbaar met de vraag of de publieke belangen toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg voldoende geborgd zijn bij de toepassing van de mededingingsregels door de Nederlandse Mededingingsautoriteit?

Zo gaat de NMa in de door haar vastgestelde beleidsdocumenten over de toepassing van het kartelverbod neergelegd in artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw) in de zorgsector nauwelijks in op de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw. Deze laatste uitzonderingsbepaling is bij uitstek geschikt om nadere invulling te geven aan de weging van de voor- en nadelen van bepaalde samenwerkingsafspraken

in de zorg in het licht van de borging van de publieke belangen. Ook de mogelijkheid om een nationale groepsvrijstelling vast te stellen op grond van artikel 15 Mw voor bepaalde samenwerkingsvormen zoals ketenzorg wordt niet benut, terwijl uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet blijkt dat deze bepaling nu juist (mede) bedoeld was om als sturingsmogelijkheid te dienen bij markten in transitie, zoals de zorgmarkt. Maar ook de uitzonderingsbepalingen van de artikelen 11, 25 en 41, derde lid, Mw, die zich richten op ondernemingen die belast zijn met diensten van algemeen economisch belang, staan tot nu toe nog ongebruikt in de kast. Door de huidige opstelling van de verantwoordelijke overheidsinstellingen wordt de enige mogelijkheid voor een meer genuanceerde benadering van de zorgsector – waarin evident algemeen aanvaarde publieke belangen een rol spelen en sprake is van diverse vormen van marktfalen – bij voorbaat de kop ingedrukt. Marktfalen betekent dat concurrentie niet tot een Pareto-efficiënte uitkomst leidt, met andere woorden het niet gegarandeerd is dat concurrentie de eigenschappen heeft die daaraan gebruikelijk worden toegedicht. Volgens Arrow² is er sprake van onder meer de volgende vormen van marktfalen in de zorg: een scheiding tussen kiezen en betalen, informatieasymmetrie en keuzerationaliteit, externe effecten en coördinatieproblemen en marktmacht (o.a. schaalvoordelen). Daarbij

* Yvonne Maasdam is advocaat/partner bij Maasdam Mededingingsadvocaten in Rijswijk.

- 1 Zie bijvoorbeeld het Jaarverslag 2009 van de NMa, getiteld 'Belangen wegen', waarin de NMa een hoofdstuk heeft gewijd aan de vraag hoe publieke belangen binnen het mededingingsrecht kunnen worden meegewogen. De NMa geeft daarin kort gezegd aan dat zij eigenlijk niet geëquipeerd is om publieke belangen te wegen tegen mogelijke mededingingsbeperkingen, tenzij er duidelijke politieke besluiten zijn waarin de publieke belangen helder verwoord zijn. Daaruit blijkt ook dat de NMa ervan uitgaat dat de Mededingingswet er juist aan bijdraagt dat consumenten betaalbare en goede zorg krijgen.
- 2 K.J. Arrow, 'Uncertainty and the welfare economics of medical care', *American Economic Review* (1963) 53 (5), 941-973.
- 3 In de literatuur is al vaker gepleit voor de ontwikkeling van een visie op de borging van publieke belangen in de zorg bij de toepassing van de mededingingsregels. Zie onder meer M.F.M. Canoy en W. Sauter, 'Ziekenhuisfusies en publieke belangen', *M&M* 2009/2, p. 54-61; E.E.C. van Damme, 'Worstelen met marktwerking in de zorg', *M&M* 2009/2, p. 41-43; M. Bulk en A. Blaauw-

broek, 'Betere borging diensten van publiek belang door de overheid? Publiekrechtelijke kaders bepalen de ruimte voor de markt', *M&M* 2010/2 en T.R. Ottervanger, 'Maatschappelijk verantwoord concurreren', *M&M* 2010/3, p. 93-100.

- 4 Ketenzorg wordt kort gezegd multidisciplinair georganiseerd en als één product aangeboden. Bij ketenzorg werken dus verschillende zorgaanbieders samen rondom een patiënt.
- 5 Zie NMa Agenda 2008, p. 30, beschikbaar op de website van de NMa (www.nma.nl).
- 6 De NMa heeft in een persbericht van 29 april 2011 bekendgemaakt dat de thuiszorgsector niet langer prioriteitssector is vanwege de positieve ontwikkelingen waarbij de thuiszorgondernemingen laten zien dat zij belang hechten aan eerlijke concurrentie. In hetzelfde persbericht heeft de NMa aangegeven dat twee thuiszorginstellingen zijn beboet wegens het maken van marktverdelingsafspraken (besluit van 21 april 2011 in zaak 6109) en dat de NMa ten aanzien van drie thuiszorginstellingen geen overtreding heeft vastgesteld (besluit van 21 april 2011 in zaak 6412). Dat laatste is opmerkelijk aangezien de NMa vrijwel nooit in de sanctiefase tot een vrijspraak komt.
- 7 Zie NMa Agenda 2010-2011, p. 16 en 17.
- 8 Besluit van de NMa van 31 december 2010, zaaknummer 6895, Ziekenhuiszorg Amsterdam.
- 9 De Europese Commissie heeft in 2005 een boete opgelegd van € 60 miljoen 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.
- 10 Zie besluit van de NMa van 9 september 2010, Verbreking verzegeling LHV, zaaknummer 6944. De NMa heeft een boete van € 51.000 opgelegd voor het verbreken van de verzegeling.
- 11 Besluit van de NMa van 26 april 2004, LVE, NIP, NVVP, NVP, zaaknummer 3309 en besluit NMa van 26 april 2004, Nederlands Tandtechnisch Genootschap, zaaknummer 3310.
- 12 CBb 6 oktober 2008, LJJ: BF8820 (*LVE, NIP, NVVP vs. NMa*).

komt dat de zorgsector in een *prisoner's dilemma* verkeert, namelijk gehoor geven aan de oproep van de overheid om tegelijkertijd te concurreren én samen te werken met andere (concurrerende) zorginstellingen. Het is dus hoog tijd dat de ministers van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) samen met de NMa een fundamentele visie ontwikkelen op de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepalingen van de Mededingingswet in het licht van de borging van de publieke belangen.³

De zorgsector verkeert in een *prisoner's dilemma*, namelijk gehoor geven aan de oproep van de overheid om tegelijkertijd te concurreren én samen te werken met andere (concurrerende) zorginstellingen

2 Offensief handhavingsbeleid NMa in de zorgsector

Voor veel zorgorganisaties blijft het mededingingsrecht nog steeds 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.⁴ Deze angst wordt gevoed door het feit dat de NMa er ook niet voor terugdeinst om haar sanctiebevoegdheden in te zetten in de zorgsector. De NMa heeft de afgelopen zes jaar de zorg als prioriteitssector 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 te detecteren. In de jaren 2008-2009 was de focus van de handhaving van de NMa voornamelijk gericht op de thuiszorgsector.⁵ Het verscherpte handhavingsbeleid van de NMa heeft in de thuiszorgsector onder meer geleid tot vijf boetebesluiten waarbij boetes zijn opgelegd variërend tussen € 314.000 tot ruim € 4 miljoen.⁶ In de NMa Agenda 2010-2011 zijn de deelsectoren ziekenhuiszorg, farmacie en zorgverzekeringen als aandachtsvelden genoemd.⁷ In de ziekenhuissector heeft de NMa in 2010 invallen gedaan bij het VUMC en het AMC. Dit onderzoek heeft

uiteindelijk geresulteerd in het toezeggingsbesluit Amsterdamse Ziekenhuiszorg dat in december 2010 is vastgesteld.⁸ 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 op misbruik van de positie op de markt voor maagzuurremmers richten, terwijl de Europese Commissie een breder onderzoek doet naar farmaceutische bedrijven en de verkoop van geneesmiddelen.⁹ Niet alleen zorgaanbieders zijn voorwerp van onderzoek (geweest) maar ook diverse brancheverenigingen in de zorgsector. In 2010 heeft de NMa een onverwacht bedrijfsbezoek uitgevoerd bij meerdere 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 binnen een bepaalde regio. De LHV heeft inmiddels een boete gekregen voor het verbreken van de verzegeling tijdens het bedrijfsbezoek.¹⁰ 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.¹¹ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft het boetebesluit ten aanzien van de LVE, NIP en NVVP uiteindelijk vernietigd vanwege het feit dat de NMa onvoldoende economisch onderzoek had gedaan naar de marktomstandigheden.¹²

Angst en onzekerheid bij zorgorganisaties rond de toepassing van mededingingsregels zetten een rem op zorginnovatie en gewenste vormen van samenwerking zoals ketenzorg

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 raadt aan om 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 zeer neergelegd met de stelling dat het uitgevoerde economisch onderzoek afdoende zou zijn.¹³ Het Hof van Justitie en het Gerecht van de Europese Unie¹⁴ 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.¹⁵

De offensieve opstelling van de NMa heeft al diverse keren geleid tot het stellen van Kamervragen

De offensieve opstelling van de NMa heeft al diverse keren geleid tot het stellen van Kamervragen, waarbij de vraag wordt gesteld 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.¹⁶ Deze vraag wordt tot nu toe door de verantwoordelijke bewindslieden niet echt beantwoord. Ze wijzen er alleen maar op dat het maken van kartelafspraken, zoals marktverdeling en prijsafspraken, verboden zijn en dat de NMa toezicht moet houden op de naleving van de Mededingingswet.¹⁷ In deze bijdrage zal met name nader in worden gegaan op de toepassing van het kartelverbod door de NMa en zullen de mogelijkheden worden geschetst om te komen tot een meer genuanceerde toepassing van de mededingingsregels met meer aandacht voor de publieke belangen en de bijzonderheid van de zorgsector.¹⁸ Maar eerst wordt nog kort aandacht besteed aan een andere belangrijke taak van de NMa in de zorgsector, namelijk het toezicht op de vorming van concentraties.

3 Concentratietoezicht

Wat het meest in het oog springt is dat de NMa fusies tussen zorgaanbieders relatief vaak negatief beoordeelt. Diverse fusies tussen zorgaanbieders hebben daardoor geen doorgang gevonden.¹⁹ Fusies tussen zorgverzekeraars daarentegen zijn door de NMa tot nu toe allemaal goedgekeurd, ondanks het

feit dat er vaak op regionale zorginkoopmarkten de machtspositie van zorgverzekeraars wordt versterkt. Zo heeft de NMa recent nog groen licht gegeven voor de fusie tussen Achmea en De Friesland Zorgverzekeraar na uitgebreid onderzoek in de vergunningsfase.²⁰ Opvallend is dat een van de belangrijke overwegingen daarbij is dat verzekeraars veel waarde hechten aan een goed imago bij de verzekerden. Een verzekeraar zal niet gauw aanpassingen doen in het zorgaanbod waar de patiënt/verzekerde nadeel van ondervindt, omdat dit negatieve gevolgen kan hebben voor het zorgvuldig opgebouwde imago, aldus de NMa in het persbericht. Een dergelijk argument heeft nog nooit tot goedkeuring geleid van een fusie tussen zorgaanbieders, terwijl dit argument wellicht harder voor hen telt. De fusiegolf op de zorgverzekeringsmarkt heeft ertoe geleid dat de concentratiegraad van deze markt inmiddels zeer hoog is: vier grote zorgverzekeraars, te weten Achmea,²¹ CZ,²² Uvit²³ en Menzis,²⁴ hebben gezamenlijk 80-90% van de zorgverzekeringsmarkt in Nederland in handen. Het is echter de vraag of daarmee het consumentenbelang volledig gedekt en gediend is,²⁵ zeker aangezien de NZa twee jaar geleden nog constateerde in de Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2009 dat zorgverzekeringen nauwelijks van elkaar verschillen waardoor er nauwelijks sprake is van concurrentie tussen zorgverzekeraars.²⁶ Dit, terwijl voldoende concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt van cruciaal belang is voor het goed functioneren van het nieuwe zorgstelsel.

Wat het meest in het oog springt is dat de NMa fusies tussen zorgaanbieders relatief vaak negatief beoordeelt. Fusies tussen zorgverzekeraars daarentegen zijn door de NMa tot nu toe allemaal goedgekeurd

Ook zorgfusies zijn een onderwerp van aanhoudend politiek debat. Dit heeft er onder meer toe geleid dat de omzetzempels voor de zorgsector tijdelijk zijn verlaagd waardoor zorgfusies vaker moeten worden gemeld.²⁷ Bovendien heeft de toenmalige minister van Economische Zaken op basis van artikel 5d Mw de *'Beleidsregels concentraties van zorgaanbieders'* vastgesteld, waarin onder meer

- ¹³ Zie besluit op bezwaar van 21 oktober 2010 in zaak 6108, en besluit op bezwaar van 21 oktober 2010 in zaak 5851.
- ¹⁴ Zie onder meer arrest van het Gerecht EU van 27 september 2006, zaak T-168/01 (*Glaxo-SmithKline / Commissie*), r.o. 109-110 en r.o. 118-120.
- ¹⁵ Zie arrest van het Gerecht EU van 2 mei 2006, zaak T328/03, (*O2 t. Commissie*), r.o. 116.
- ¹⁶ 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.
- ¹⁷ Vergelijk de brief van 2 oktober 2008 aan de Tweede Kamer van staatssecretaris Bussemaker inzake NMa besluiten thuiszorg, Vergaderjaar 2008-2009, Kamerstuk 23235 nr. 82.
- ¹⁸ De NMa houdt ook toezicht op misbruik van een economische machtspositie op grond van art. 24 Mw, maar omwille van de omvang van deze bijdrage laat ik deze pijler van het mededingingstoezicht onbesproken.
- ¹⁹ Zo zijn er in 2010 vier beoogde fusies tussen zorgaanbieders niet doorgestaan vanwege door de NMa gesignaleerde mededingingsproblemen. In 2011 zijn al twee fusiemeldingen ingetrokken nadat de NMa kenbaar had gemaakt dat de fusies mededingingsproblemen zouden veroorzaken.
- ²⁰ Zie persbericht van de NMa van 1 juni 2011.
- ²¹ Achmea heeft de volgende zorgmerken: Zilveren Kruis Achmea, Agis, FBTO, Interpolis, Avéro Achmea, Pro Life, DVZ Zorgverzekeringen, OZF en TakeCareNow! Achmea bedient in totaal 4,8 miljoen verzekerden. Daar komt de Friesland Zorgverzekeraar nog bij aangezien de NMa op 1 juni 2011 groen licht heeft gegeven aan deze fusie.
- ²² CZ bedient in totaal bijna 3,4 miljoen verzekerden en voert de merken CZ en OZ zorgverzekeringen.
- ²³ UVIT voert de zorgmerken Univé, VGZ, IZA en Trias en bedient circa 2,8 miljoen verzekerden.

24 Menzis voert de zorgmerken Menzis, Avero en AnderZorg en bedient ruim 2 miljoen verzekerden.

25 Consumentenorganisaties zijn juist zeer kritisch over de positie van de consument op de zorgverzekeringsmarkt, met name over de transparantie op de markt. De NZa heeft op basis van deze signalen een transparantieonderzoek uitgevoerd hetgeen heeft geresulteerd in de vaststelling van de Richtsnoer Informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars en tussenpersonen 2007 (www.nza.nl).

26 Uit de marktscan zorgverzekeringsmarkt 2010 van de NZa blijkt dat er geen grote wijzigingen hebben plaatsgevonden op de zorgverzekeringsmarkt ten opzichte van 2009.

27 Besluit tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, *Stb.* 2007, 518.

28 Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 25 maart 2009, zaak 6424, Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen.

29 *Ibidem*, randnummer 97.

30 Zie voor een uitgebreide bespreking van dit besluit Y.A. Maasdam en J.M. Sluijs, 'Wie van de drie is de echte marktmeester in de zorg; de IGZ, de NMa of toch de NZa', *Actualiteiten Mededingingsrecht*, juli 2009. Zie ook het themanummer van M&M, 'Marktwerving in de zorg', 2009/2, waarin het Zeeuwse ziekenhuisbesluit uitgebreid aan de orde komt. Vergelijk met name het artikel van M.F.M. Canoy en W. Sauter, 'Ziekenhuisfusies en publieke belangen', *M&M* 2009/2, p. 54-61.

31 Zie brief van de staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer van 1 juni 2011, 'Programmabrief langdurige zorg'.

32 www.minvws.nl/kamerstukken/mc/2009/ruimte-en-rekenschap-voor-zorg-en-ondersteuning.asp.

33 *Stert.* 2010, 3824. Een beknopte versie van de Richtsnoeren is in de vorm van een brochure uitgebracht in juni 2010, met als naam: 'Samenwerken en concurreren in de zorgsector'. De brochure is beschikbaar op de website van de NMa, www.nma.nl.

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

is bepaald dat bij de beoordeling van concentraties in de zorg de NMa ook rekening dient te houden met zorgspecifieke aspecten zoals de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. De belangrijkste *landmark case* waarbij de NMa de publieke belangen heeft laten meewegen betrof de beoordeling van de fusie tussen twee Zeeuwse ziekenhuizen.²⁸ De kern van het besluit van de NMa lijkt gevormd te worden door het oordeel van de IGZ dat vanuit het publieke belang van kwaliteit van de zorg de fusie doorgang moest vinden. Dit zou noodzakelijk zijn om te waarborgen dat basisziekenhuiszorg – die voldoet aan de door de IGZ te bepalen minimum kwaliteitseisen – in de regio Midden-Zeeland behouden blijft. Dit, ondanks de door de NMa verwachte negatieve economische effecten van de beoogde fusie,²⁹ met alle gevolgen van dien voor andere publieke belangen zoals de betaalbaarheid en toegankelijkheid (in de vorm van bereikbaarheid) van de zorg. Op de keper beschouwd vormt het besluit feitelijk een weging van de verschillende publieke belangen in de zorg, zonder dat er sprake is van een helder (economisch) onderbouwd toetsingskader. De NMa heeft deze toetsing uitgevoerd in het kader van het door partijen aangevoerde efficiëntieverweer, maar het is de vraag of een dergelijk toetsingskader voldoende handvatten biedt om verschillende publieke belangen tegen elkaar af te wegen.³⁰ Mede naar aanleiding van dit besluit heeft het huidige Kabinet het voornemen om een specifieke zorgtoets te introduceren. Het is de bedoeling dat zorgaanbieders vanaf 2013 een voorgenomen fusie, voorafgaand aan het indienen van een fusievoorstel bij de NMa, laten toetsen door de NZa. Instellingen zullen daarvoor een 'fusie-effectrapportage' moeten opstellen die onder meer inzichtelijk maakt of de fusieplannen goed zijn doordacht, wat de gevolgen van de fusie zijn voor de kwaliteit van de geleverde zorg en hoe de fuserende partijen de direct belanghebbenden bij de instellingen – zoals cliëntenraden en het personeel – bij de uitwerking van de fusie hebben betrokken.³¹ Dit betekent dat de NZa bij iedere meldingsplichtige fusie voortaan zal toetsen in het kader van de borging van de publieke belangen en dat de toets van de NMa weer gereduceerd wordt tot een economische toets. Naar mijn mening is dit een welkome ontwikkeling omdat de NZa samen met de IGZ het beste – en wetmatig – is geëquipeerd om publieke belangen, zoals toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg te wegen.

4 Focus op artikel 6, eerste lid, Mw in beleidsdocumenten van de NMa

Bij een strikt handhavingsbeleid is het van groot belang dat voor marktpartijen duidelijk is waar de mededingingsrechtelijke grenzen liggen van gedragingen en afspraken die 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 NMa heeft door de vaststelling van de Richtsnoeren voor de zorgsector getracht aanknopingspunten te geven voor wat mededingingsrechtelijk wel en niet toelaatbaar is

De oude Richtsnoeren, die in 2002 waren vastgesteld en eind 2007 waren aangepast, boden echter niet de gewenste transparantie en *guidance* voor de zorgsector. In hun brief van 9 juli 2009 getiteld '*Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning*'³² hadden de (voormalig) minister en staatssecretaris van VWS de NMa opgeroepen om meer transparantie te bieden over welke samenwerkingsvormen wel en welke niet zijn toegestaan. Na een korte consultatieronde in de zomer van 2009 heeft de NMa in maart 2010 de aangepaste Richtsnoeren voor de zorgsector gepubliceerd.³³ De grootste wijzigingen 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 meeste samenwerkingsvormen werden ook al in de versie van 2007 besproken, maar door de uitbreiding van de voorbeelden wordt meer duidelijkheid verschaft. Er blijven echter nog vele vragen onbeantwoord. Dit komt mede omdat de NMa met name focust op de toepasselijkheid van artikel 6, eerste lid, Mw waarin het kartelverbod is neergelegd.

In de Richtsnoeren worden drie categorieën afspraken onderscheiden.³⁴

- (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.³⁵
- (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 kunnen 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 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 één van de groepsvrijstellingen die zijn vastgesteld door de Europese Commissie, die op grond van artikel 12 Mw rechtstreeks van toepassing zijn in het Nederlandse mededingingsrecht.³⁶ Deze groepsvrijstellingen kennen echter strikte toepassingsvoorwaarden, waaronder marktaandeeldrempels,³⁷ 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.

Door de benaderingswijze van de NMa in de Richtsnoeren valt een grote categorie samenwerkingsovereenkomsten in de zorg in beginsel onder het kartelverbod

De NMa en NZa hebben specifiek voor ketenzorg gezamenlijk de Richtsnoeren Zorggroepen³⁸ vastgesteld, mede naar aanleiding van de oproep van het voormalige Kabinet om meer duidelijkheid te bieden omtrent de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van ketenzorgovereenkomsten. De Richtsnoeren Zorggroepen richt zich op de geïntegreerde eerstelijnszorg voor chronische aandoeningen zoals diabetes, hartfalen, cardiovasculair risicomangement (CVR), COPD, astma, obesitas en depressie. Samenvattend wordt aangegeven dat ketenzorgovereenkomsten gesloten tussen niet concurrerende zorgaanbieders die een marktaandeel hebben van minder dan 30% kunnen profiteren van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten van de Europese Commissie. Ketenzorgovereenkomsten gesloten tussen zorgaanbieders met een marktaandeel van meer dan 30% en ketenzorgovereenkomsten waaraan concurrerende zorgaanbieders deelnemen dienen dus altijd individueel beoordeeld te worden.³⁹ 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 volgens de NMa er dan onvoldoende keuzemogelijkheden overblijven voor cliënten. Het risico is dan volgens de NMa groot dat de voordelen van de samenwerking niet in voldoende mate terechtkomen bij de patiënten of de zorgverzekeraar.⁴⁰ Verder vermeldt de NMa nog dat onderlinge prijsafstemming tussen concurrerende zorgaanbieders en marktverdeling niet is toegestaan.⁴¹ Ook hier geldt dus weer dat de NMa met name 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 toelaatbaar 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

³⁵ Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa punt 248 en 256. Het kartelverbod geldt niet voor deze afspraken indien geprofiteerd kan worden van de bagatelbepalingen die zijn opgenomen in art. 7 Mw.

³⁶ Het gaat hierbij om Verordening 2658/2000 betreffende de toepassing van art. 81, derde lid, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEU* L 304, p. 5, Verordening 2659/2000 betreffende de toepassing van art. 81, derde lid, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PbEU* L 204, p. 7 en Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, VWEU op groepen verticale overeenkomsten, *PbEU* L 102/1.

³⁷ De Groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten geldt alleen indien de betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel hebben ten hoogste 20%, de Groepsvrijstelling O&O geldt alleen indien de betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel hebben ten hoogste 25% en de Groepsvrijstelling verticalen geldt alleen indien ieder van de betrokken partijen een marktaandeel heeft van ten hoogste 30%.

³⁸ *Stert.* 2010, 13247.

³⁹ 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.

⁴⁰ Zie Richtsnoeren Zorggroepen, punt 71.

⁴¹ Zie Richtsnoeren Zorggroepen, punt 83.

ondernemingen om dit voordeel te bewijzen, waarbij ook moet worden bewezen dat de voordelen opwegen tegen de nadelen, een billijk deel van de voordelen worden doorgegeven aan de afnemers en er voldoende restconcurrentie overblijft op de markt. De NMa lijkt hiermee aan te geven dat mededingingsbeperkende afspraken zijn toegestaan als daarmee publieke belangen gediend zijn. In de praktijk blijkt echter dat de NMa niet snel zal aannemen dat dit het geval is.

De NMa lijkt aan te geven dat mededingingsbeperkende afspraken zijn toegestaan als daarmee publieke belangen gediend zijn. In de praktijk blijkt echter dat de NMa niet snel zal aannemen dat dit het geval is

Dit wordt het beste geïllustreerd door de persberichten die de NMa in de eerste helft van 2011 uitbracht naar aanleiding van het NMa-NZa-NVZ congres 'Ziekenhuiszorg en markttoezicht'. In het persbericht van 31 januari 2011 stelde de NMa kort gezegd dat samenwerken en specialisatieafspraken maken mag als patiënten daar aantoonbaar beter van worden.⁴² In het persbericht van 2 maart 2011, waarin de NMa reageert op een artikel van Maarten Rook⁴³ waarin deze pleitte 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 daadwerkelijke 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.⁴⁴ In deze zaak oordeelde de NMa dat de uitwisseling van recente DBC-informatie⁴⁵, kwartaalcijfers ten aanzien van productierealisatie⁴⁶ en bepaalde LMR-gegevens⁴⁷ tussen een groep ziekenhuizen in de regio Amsterdam mogelijk mededingingsbeperkende gevolgen teweeg zouden kunnen brengen. De ziekenhuizen hebben vervolgens een toezegging gedaan op grond van artikel 49a Mw⁴⁸ dat zij deze gegevens, voor zover niet ouder dan 12 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.⁴⁹

Het is van groot belang dat de NMa in haar jaarverslag 2009 heeft aangegeven dat zij helemaal niet geëquipeerd is om publieke belangen, zoals kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, te wegen

In dit verband is het van groot belang dat de NMa in haar jaarverslag 2009 heeft aangegeven dat zij helemaal niet geëquipeerd is om publieke belangen, zoals kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, te wegen. Zo valt te lezen op pagina 45 van het jaarverslag 2009:

'In feite komt een mededingingsautoriteit in een tamelijk delicate positie als het gaat om de vraag hoe publieke belangen kunnen worden meegenomen in de beoordeling van mededingingsbeperkende afspraken of transacties. Aan de ene kant dreigt Scylla, die ons een marktfundamentalist doet lijken, die heilig gelooft dat de markt alle problemen kan oplossen. Aan de andere kant moeten we Charibdis vermijden, die ons allerlei soorten belangen laat wegen op een manier die de mogelijkheden van een bestuursorgaan ver overstijgt. De vraag is dus hoe de NMa in mededingingszaken claims ten aanzien van publieke belangen moeten beoordelen en afwegen tegen eventuele mededingingsbezwaren. [...]

Hoe kan een mededingingsautoriteit de waarde meten van het specifieke belang dat een dergelijke afspraak probeert te beschermen? Als er een publiek belang aan de orde is, is het vrij-

42 www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archief_pagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/2011/03_11_nma_en_nza_samenwerking_mag_als_patiënt_er_beter_van_wordt.aspx

43 Maarten Rook, 'Geef topklinische ziekenhuizen een regionale regierol', *Het Financieele Dagblad* 21 februari 2011.

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

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

46 Informatie die betrekking had op de FB-parameters.

47 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 hoofddiagnose.

48 Op grond van art. 49a, tweede lid, Mw heeft de NMa de discretionaire bevoegdheid (dus niet de verplichting) om een toezeggingsbesluit te nemen indien: (1) aannemelijk is dat de betrokken ondernemingen zich als gevolg van het toezeggingsbesluit zullen onthouden van de gedragingen waar mededingingsbezwaren aan zijn verbonden; (2) de betrokken ondernemingen aannemelijk maken dat zij het besluit op controleerbare wijze zullen naleven; en (3) het nemen van een toezeggingsbesluit vanuit het oogpunt van handhaving van de Mw doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

49 Randnummer 48 van het besluit Ziekenhuiszorg Amsterdam.

wel onmogelijk om op een directe manier de waarde te meten die de samenleving eraan toekent. Het bepalen van de waarde van een publiek goed volgt normaal gesproken impliciet uit een politiek besluit om het goed tot stand te brengen of niet. Als een mededingingsautoriteit met een publiek belang rekening wil houden, zou deze moeten nagaan of er politieke besluitvorming beschikbaar is die de mededingingsbeperkingen kan legitimeren. Die legitimatie zou idealiter voortvloeien uit een politieke beslissing die helder definieert om welke beleidsdoelstelling het gaat en wat de rol is die zelfregulering dient te spelen om dit doel te bereiken. Als een dergelijk houvast ontbreekt is het voor een mededingingsautoriteit veel moeilijker om een balans te zoeken tussen de verschillende betrokken belangen.'

In feite doet de NMa hier een oproep aan de overheid om bij marktfalen via politieke besluitvorming in te grijpen als publieke belangen in het geding zijn. Tevens blijkt hieruit dat de NMa een beroep op de uitzonderingsbepalingen door zorginstellingen niet snel zal honoreren als enkel sprake is van een verbetering van kwaliteit of de toegankelijkheid van de zorg. Zeker omdat de NMa hierbij ook nog meeneemt dat de betrokken instellingen een eigen belang nastreven.

5 Mogelijkheden voor een genuanceerder mededingingsbeleid in de zorgsector

Het duidelijke signaal dat de NMa in haar jaarverslag 2009 heeft afgegeven moet mijns inziens snel worden opgepakt door de verantwoordelijke ministers om, samen met de relevante toezichthouders in de zorg, te komen tot een genuanceerder mededingingsbeleid. In de inleiding heb ik al aangegeven dat de Mededingingswet diverse grondslagen biedt om invulling te geven aan een dergelijk beleid. Hieronder worden deze grondslagen nog kort toegelicht.

Het duidelijke signaal dat de NMa heeft afgegeven moet mijns inziens snel worden opgepakt door de verantwoordelijke ministers om, samen met de relevante toezichthouders in de zorg, te komen tot een genuanceerder mededingingsbeleid

Vaststelling van beleidsregels door de minister van EL&I op grond van artikel 5d Mw

In artikel 5d Mw is de bevoegdheid voor de minister van EL&I neergelegd om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de Raad van Bestuur

van de NMa toegekende bevoegdheden. In artikel 5d Mw is ook de mogelijkheid opgenomen om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de wijze waarop de Raad artikel 6, derde lid, Mw moet toepassen waarbij de Raad ook andere belangen dan economische belangen in zijn afweging moet betrekken.⁵⁰

Uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet blijkt dat bij de vaststelling van het tweede lid van deze bepaling de wetgever onder meer de zorgsector specifiek voor ogen had. Tijdens de parlementaire behandeling van de Mededingingswet is onderkend dat er sprake is van diverse vormen van marktfalen in de zorgsector,⁵¹ waardoor marktwerking in sommige gevallen niet de gewenste effecten veroorzaakt op een markt. In die gevallen moet de minister sturingsmogelijkheden hebben om in te kunnen grijpen. Artikel 5d Mw is dus bij uitstek een bepaling op basis waarvan de minister beleidsregels kan vaststellen waarbij ook niet economische belangen, zoals kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg, een rol kunnen spelen. De voormalig minister van EZ heeft op 1 september 2009 op basis van artikel 5d Mw de *'Beleidsregels concentraties van zorgaanbieders'* vastgesteld, waarin is bepaald dat bij de beoordeling van concentraties in de zorg de Raad bij haar beoordeling ook rekening dient te houden met zorgspecifieke aspecten zoals de kwaliteit van de zorg.

De Richtsnoeren voor de zorgsector en de Richtsnoeren Zorggroepen zijn daarentegen niet gestoeld op artikel 5d Mw maar zijn vastgesteld door de Raad van Bestuur van de NMa op grond van artikel 5l Mw. In artikel 5l Mw is bepaald dat de Raad bevoegd is om uitvoeringsregels vast te stellen. Artikel 5l Mw is naar aanleiding van een amendement in de wet opgenomen. Reden voor het amendement was de wens om duidelijk te maken dat de NMa een uitvoeringsorganisatie is die geen beleid dient te maken. De NMa heeft dus beperkte wettelijke speelruimte om buiten de kaders van de Mededingingswet en het materiële Europese recht (algemene groepsvrijstellingen) beleid vast te stellen. Dit is waarschijnlijk de reden waarom de NMa terughoudend is met het vaststellen van inhoudelijk beleid in de Richtsnoeren door nadere invulling te geven aan de toepasselijkheid van de criteria van artikel 6, derde lid, Mw.

Gelet op het voorgaande ligt het dus voor de hand om de door de NMa vastgestelde Richtsnoeren en Visiedocumenten fundamen-

50 Art. 5d Mw luidt als volgt: '1. Onze minister kan beleidsregels vaststellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad toegekende bevoegdheden. 2. Beleidsregels met betrekking tot de uitoefening van de in deze wet aan de raad toegekende bevoegdheden kunnen betrekking hebben of mede betrekking hebben op de wijze waarop de raad bij toepassing van art. 6, derde lid, andere belangen dan economische belangen in zijn afweging moet betrekken. 3. De bekendmaking van de beleidsregels geschiedt door plaatsing in de Staatscourant.'

51 *Kamerstukken II 1995/96 en 1996/97*, 24 707.

teel te herzien en vast te laten stellen door de minister van EL&I, uiteraard in nauw overleg met de minister van VWS en alle betrokken toezichthouders in de zorg. Daarbij moet uiteraard richting gegeven worden aan de toepasbaarheid van de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw waarbij de publieke belangen kunnen worden meegewogen.

Het ligt voor de hand om de door de NMa vastgestelde Richtsnoeren en Visiedocumenten fundamenteel te herzien en vast te laten stellen door de minister van EL&I

Nationale groepsvrijstellingen op grond van artikel 15 Mw

Op grond van artikel 15 Mw kan bij AMvB worden bepaald, zo nodig onder voorschriften en beperkingen, dat artikel 6, eerste lid, niet geldt voor in die maatregel omschreven categorieën van overeenkomsten, besluiten en gedragingen als voldaan is aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw. Zoals al aangegeven is tijdens de parlementaire behandeling van de Mededingingswet de mogelijkheid voor de vaststelling van een AMvB op grond van artikel 15 Mw expliciet genoemd als sturingsmogelijkheid bij markten in transitie, zoals de zorgmarkt. Daar waar door een rigide toepassing van de Mededingingswet gewenste samenwerkingsovereenkomsten niet tot stand komen is een AMvB op basis van artikel 15 Mw bij uitstek een instrument dat kan worden ingezet om dit resultaat wel te bereiken. Immers door een groepsvrijstelling wordt de broodnodige rechtszekerheid geboden waardoor de angst en onzekerheid bij zorgorganisaties wordt weggenomen. Een dergelijke AMvB kan wat betreft de geldingsduur in tijd beperkt worden, waarbij periodiek beoordeeld wordt of het nog steeds noodzakelijk is om de groepsvrijstelling in stand te houden.

De Europese Commissie heeft in het verleden ook onderkend dat er in sommige sectoren behoefte was aan sectorale groepsvrijstellingen. Dit geldt met name voor sectoren waar sprake is van borging van specifieke algemene belangen, zoals in de landbouwsector,⁵² de vervoerssector⁵³ en de bank- en verzekeringssector.⁵⁴ Voor deze sectoren gelden (of golden) sectorale groepsvrijstellingen.

Dezelfde argumenten zijn toepasbaar op de zorgsector. Zo lijkt mij dat voor groepen ketenzorgovereenkomsten vaststelling van een groepsvrijstelling zeer geschikt zal zijn. De brancheverenigingen ActiZ, VGN en GGZ Nederland pleiten al langer voor vaststelling van een nationale groepsvrijstelling voor ketenzorgovereenkomsten. Daar zijn mijns inziens meer dan genoeg redenen en mogelijkheden voor. In diverse studies is aangetoond dat ketenzorgafspraken zowel de kwaliteit van zorg verbeteren als de bedrijfsprocessen optimaliseren. Ketenzorg komt echter maar langzaam van de grond, mede door de onduidelijkheid die er nog steeds bestaat rondom de toepassing van de mededingingsregels.⁵⁵

In diverse studies is aangetoond dat ketenzorgafspraken zowel de kwaliteit van zorg verbeteren als de bedrijfsprocessen optimaliseren

DAEB-beleid

Het Europeesrechtelijk concept 'Diensten van algemeen economisch belang' (DAEB), dat is neergelegd in artikel 106 tweede lid, VWEU begint de laatste jaren een steeds grotere vlucht te nemen. In het Verdrag van Lissabon heeft het DAEB concept een prominenter plaats gekregen in vergelijking met het EG-Verdrag. Het concept is geschikt om te zorgen voor betaalbare, kwalitatief hoogwaardige en toegankelijke publieke diensten. Het doel van het DAEB concept is het vinden van een balans tussen de behartiging van legitieme publieke belangen enerzijds en de (Europese) regels voor vrij verkeer, mededinging en staatssteun anderzijds. Wat opvalt is dat het DAEB concept in het kader van (het ontkomen aan) de staatssteunregels door de overheid steeds vaker wordt toegepast, terwijl het concept in het mededingingsrecht tot nu toe nog nauwelijks een rol heeft gespeeld.

In Nederland is er nog steeds geen helder DAEB-beleid ontwikkeld voor de zorgsector, al lijkt daar nu wellicht enige verandering in te komen. In een voorstel tot wijziging van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG) wordt voorgesteld om waarborgen in te bouwen in de vorm van een beschikbaarheidsbijdrage die ter beschikking kan worden gesteld als zorginstellingen in financiële problemen komen.⁵⁶ Daarbij wordt de mogelijkheid geschapen dat de NZa een zorginstelling op

52 Vo. 1184/2006 en 1234/2007.

53 Vo. 487/2009 gericht op de luchtvaartsector, Vo. 246/2009 en Vo. 906/2009 gericht op de zeevaartsector en Vo. 169/2009 gericht op het transport over rails, weg en binnenwateren.

54 Vo. 267/2010.

55 De Algemene Rekenkamer heeft op 17 november 2010 een kritisch rapport geschreven getiteld 'Afstemming in de zorg rondom chronische aandoeningen; Terugblik 2010' waarin zij constateert dat de broodnodige samenwerking ten aanzien van chronische aandoeningen in de zorg traag op gang komt. Een van de oorzaken is dat er nog altijd onvoldoende duidelijkheid bestaat over de relatie tussen marktwerking en samenwerking, ook na de aanpassing van de Richtsnoeren voor de zorg en de publicatie van de Richtsnoeren Zorggroepen.

56 Wetsvoorstel aanvulling instrumenten bekostiging WMG (Kamerstukken 32 393).

grond van een nieuw in te voegen bepaling in artikel 56a WMG belast met een dienst van algemeen economisch belang.

Op dit moment is het nog niet mogelijk voor zorginstellingen om een beroep te doen op de uitzonderingsbepalingen opgenomen in de artikelen 11, 25 en 41, derde lid, Mw, aangezien zij niet expliciet belast zijn met een DAEB

Op dit moment is het nog niet mogelijk voor zorginstellingen om een beroep te doen op de uitzonderingsbepalingen opgenomen in de artikelen 11, 25 en 41, derde lid, Mw, aangezien zij niet expliciet belast zijn met een DAEB. De NMa is tot nu toe dan ook zeer terughoudend geweest wat betreft de toepassing van de uitzonderingen voor DAEB-ondernemingen. De NMa stelt zich op het standpunt dat het aan de betrokken ondernemingen is om een beroep op de uitzonderingsbepalingen te doen en dit te motiveren, waarbij zij tevens dienen aan te tonen dat eventuele mededingingsbepalende afspraken noodzakelijk en proportioneel zijn en dat de toepassing van de mededingingsregels de uitvoering van de bijzondere taak zou verhinderen. Bovendien is de NMa van mening dat er een duidelijk besluit van de overheid aanwezig moet zijn waarin de betrokken ondernemingen zijn belast met een DAEB.⁵⁷

Het is hoog tijd dat de ministers van EL&I en VWS samen met de NMa een fundamentele visie ontwikkelen op de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepalingen van de Mededingingswet in het licht van de borging van de publieke belangen

Wellicht dat daar met komende wetswijziging van de WMG verandering in komt. Het lijkt mij dan wel zaak dat de NZa samen met de NMa een helder DAEB-beleid ontwikkelt waardoor zorginstellingen die belast worden met een DAEB ook een beroep kunnen doen op de uitzonderingsbepalingen van de Mededingingswet.

6 Conclusie

De belangrijkste conclusie die uit deze bijdrage getrokken kan worden is dat de NMa onvoldoende in staat is om de publieke belangen toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg te borgen bij de toepassing van de mededingingsregels. Sterker nog, de NMa heeft zelf aangegeven dat zij niet in staat is om deze belangen te laten meewegen als deze belangen niet helder verwoord zijn in politieke besluitvorming. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de NMa in de door haar vastgestelde beleidsdocumenten met name focus op de toepasselijkheid van het kartelverbod neergelegd in artikel 6, eerste lid, Mw en niet op de toepasselijkheid van de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw. Een genuanceerd en integraal mededingingsbeleid, waarbij de weging van de voor- en nadelen van bepaalde samenwerkingsafspraken is vormgegeven, is wel broodnodig in een sector waarin zo evident publieke belangen een rol spelen en sprake is van diverse vormen van marktfalen. Dit mede gelet op het offensieve handhavingsbeleid van de NMa in de zorgsector waarin zij het opleggen van hoge boetes niet schuwt. Daardoor is er een aanzienlijk risico dat maatschappelijk gewenste afspraken niet van de grond komen. In deze bijdrage heb ik de mogelijkheden geschetst om invulling te geven aan een dergelijk beleid. Daarvoor hoeft de Mededingingswet niet te worden aangepast, want de wet kent nu al voldoende grondslagen om een dergelijk beleid vorm te geven. Het is dus hoog tijd dat de ministers van EL&I en VWS samen met de NMa een fundamentele visie ontwikkelen op de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepalingen van de Mededingingswet in het licht van de borging van de publieke belangen.

⁵⁷ Zie onder meer besluit D-G NMa van 21 december 2001, zaaknummer 2513, LHV.