

**Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State inzake het verzoek om voorlichting omtrent het fusietoezicht in de zorg.**

**Inhoudsopgave**

Samenvatting van de voorlichting	3
A. Inleiding	
1. Inleiding	8
2. Aanleiding van het verzoek om voorlichting	8
3. Onderwerp van het verzoek om voorlichting	9
4. Afbakening van het onderwerp van de voorlichting	10
5. Voorlichtingsvragen	12
6. Opzet van de voorlichting	12
B. Het stelsel van geregeerde marktwerking in de zorg	
1. Doelstellingen	14
2. Betrokken partijen en markten	14
2.1 Drie partijen	14
2.2 Drie zorgmarkten	15
3. De rol van de overheid	16
3.1 De overheid als stelselverantwoordelijke	16
3.2 Het stimuleren van de marktwerking	17
3.3 De borging van de publieke belangen	18
4. Conclusie	23
C. Nut en noodzaak van een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg	
1. Inleiding	24
2. Is de voorgestelde maatregel een oplossing voor de gestelde problemen?	25
2.1 Verband tussen schaalvergroting enerzijds en kwaliteit en bereikbaarheid van zorg anderzijds	25
2.2 De toegevoegde waarde van een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg	27
3. Conclusie	33
D. De vragen	
D1 Verenigbaarheid van het voorstel met het EG-recht	34
1. Inleiding	34
2. Artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening	34
3. Vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van vestiging	36
3.1 Geen gemeenschappelijke regels	36
3.2 Het vrije verkeer van kapitaal	36
3.3 De vrijheid van vestiging	41

4.	Conclusie	42
D2	Samenhang van het voorstel met het aanmerkelijkemarktmachtinstrumentarium op basis van de Wmg door de NZa	43
1.	De aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa	43
2.	De borging van publieke belangen door middel van de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid	44
3.	Relatie met de bevoegdheden van de NMa	45
4.	Het voorgestelde strengere mededingingsrechtelijke toetsingskader voor fusies in de zorg in relatie tot de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa	46
5.	Conclusie	47
D3	Mogelijkheden tot versterking van de rol van de NZa en de IGZ in het concentratietoezicht door de NMa	48
1.	Inleiding	48
2.	Drie toezichthouders, drie taken	48
3.	Verhouding tussen de toezichthouders	48
3.1	Verhouding NMa en NZa	48
3.2	Verhouding NZa en IGZ	49
3.3	Verhouding NMa en IGZ	50
4.	Hoe kunnen de rollen van de NZa en de IGZ worden versterkt?	50
4.1	Versterking van de rol van de NZa	50
4.2	Versterking van de rol van de IGZ	51
5.	Conclusie	52
D4	Overige aspecten bij vormgeving van het voorstel: de tijdelijkheid van het strengere mededingingsrechtelijke toetsingskader voor fusies in de zorg	52
D5	Mogelijkheden voor een additionele zorgfusietoets, met doelcriteria anders dan de borging van voldoende mate van competitie	53
1.	Inleiding	53
2.	De kwaliteit van zorg	54
3.	De bereikbaarheid en continuïteit van zorg	55
4.	Conclusie	57

## Samenvatting

Aan afdeling I van de Raad van State (hierna: de afdeling) is voorlichting gevraagd omtrent een voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) binnen de Mededingingswet (Mw).<sup>1</sup> Met dit tijdelijke strengere toetsingskader wordt bedoeld dat:

- een fusie tussen zorgverleners die leidt tot een marktaandeel op de relevante markt van 35% of meer verboden is. De NMa verleent voor dergelijke fusies geen vergunning.
- de NMa een uitzondering kan maken als er aanzienlijke verifieerbare kwaliteitsverbeteringen uit de fusie voortvloeien en die verbeteringen niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen.

Aanleiding van het verzoek is de perceptie dat concentraties in de zorgsector ten koste kunnen gaan van de kwaliteit en de bereikbaarheid van de zorg. Een strenger concentratietoezicht moet dit mogelijke verlies aan kwaliteit en bereikbaarheid van zorg tegengaan. In het verzoek tot voorlichting is een aantal specifieke vragen gesteld over de rechtmatigheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid van het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in de zorg.

De voorlichting is als volgt opgebouwd. Na een inleiding over de opzet van de voorlichting (deel A) gaat de afdeling in op enkele algemene aspecten van het Nederlandse stelsel van gereguleerde marktwerking in de zorg en de wijze waarop de overheid in dit stelsel de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid borgt (deel B). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vraag of een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg nuttig en noodzakelijk is met het oog op het verbeteren van de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg (deel C). Tot slot worden de in het verzoek om voorlichting gestelde vragen behandeld (deel D).

Op de overheid rust een verplichting om de publieke belangen in de zorg, te weten de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg, te garanderen. Waar zij voorheen vooral met aanbodregulering intervenieerde, hanteert zij sinds enkele jaren een stelsel van gereguleerde marktwerking. Door gebruik te maken van marktwerking beoogt de overheid het aanbod van kwalitatief goede, toegankelijke en betaalbare zorg te stimuleren. In een stelsel van gereguleerde marktwerking intervenueert de overheid om marktwerking mogelijk te maken en om belangen die niet afdoende door marktwerking worden gerealiseerd te beschermen. Marktwerking kan ten koste gaan van bepaalde publieke (deel)belangen in de zorg, omdat dit mechanisme geen rekening houdt met in de samenleving levende wensen van rechtvaardigheid en solidariteit. De overheid moet de publieke belangen helder en eenduidig definiëren en de verwezenlijking daarvan mede door middel van wetgeving garanderen. Tevens dient zij regelmatig te verifiëren of de publieke belangen in het stelsel afdoende worden gegarandeerd.

---

<sup>1</sup> Zie onderdeel A van de voorlichting.

Een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in de zorg dient de concurrentie te verzekeren door het aantal zelfstandige spelers op de markt niet kleiner te laten worden. Hierdoor zal, zo is de gedachte, de kwaliteit van zorg verbeteren en de bereikbaarheid van de zorg worden gegarandeerd.

De afdeling is er niet van overtuigd dat het voorgestelde strengere toetsingskader een geschikte maatregel is om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te verbeteren. Ten eerste plaatst de afdeling nadrukkelijk vraagtekens bij de veronderstelling dat er een eenduidig verband bestaat tussen schaalgrootte van aangeboden zorg enerzijds en de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg anderzijds. Er vindt in de zorg veel concentratievorming plaats, maar dat leidt niet per se tot verlies aan kwaliteit en verminderde bereikbaarheid. Ten tweede concludeert de afdeling dat er vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen reden is om in de Mw een algemeen verbod in te stellen op fusies die resulteren in een gezamenlijk marktaandeel van 35% of meer. Het concentratietoezicht richt zich op fusies die een significante belemmering van de mededinging tot gevolg hebben en daarmee negatieve effecten voor afnemers kunnen meebrengen. Een marktaandeel van 35% of meer vormt naar mededingingsrechtelijke maatstaven op zichzelf geen grond om aan te nemen dat er sprake is van een significante belemmering van de mededinging. In het concentratietoezicht van de NMa worden de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg indirect meegewogen bij de afbakening van markten. Ook kunnen positieve gevolgen van fusies op de kwaliteit van zorg – eventueel in samenhang met door fusiepartijen aangeboden verbintenissen (remedies) - in het kader van een zogenaamd efficiëntieverweer worden meegewogen. Zolang een fusie er echter niet toe leidt dat de desbetreffende partijen de mededinging op significante wijze belemmeren, is er geen reden deze tegen te houden.

Onverminderd het bovenstaande beantwoordt de afdeling de specifieke vragen die in de voorlichting zijn gesteld, als volgt.<sup>2</sup> De afdeling heeft daarbij de vragen 1 en 4, zoals genummerd in het verzoek, samen behandeld.

1. *In hoeverre is het bovenstaande voorstel vorm te geven binnen de kaders van het Europese recht en de daarvan afgeleide nationale regelgeving, in het bijzonder de regels omtrent het vrij verkeer van kapitaal dan wel de vrijheid van vestiging en artikel 21, lid 4, van de EG-Concentratieverordening? Welke mogelijkheden ziet de afdeling om een beroep te doen op andere dwingende vereisten van algemene belang dan 'de kwaliteit van zorg' om een tijdelijk strenger toetsingskader voor de NMa zoals hierboven beschreven te rechtvaardigen?*

De afdeling merkt op dat een groot aantal fusies tussen zorgverleners niet binnen de werkingssfeer van de EG-Concentratieverordening zal vallen omdat deze fusies geen communautaire dimensie zullen hebben. Voor fusies die wel een communautaire dimensie hebben, geldt dat het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in overeenstemming moet zijn met *artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening*. Naar het afdeling voorkomt, zal het geen gemakkelijke opgave zijn om deze overeenstemming aan te tonen. Het voorstel voor een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg strekt ertoe de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te verbeteren. Weliswaar zal het voorstel waarschijnlijk gezien

<sup>2</sup> Zie onderdeel D van de voorlichting.

kunnen worden als een maatregel ter bescherming van een gewettigd belang als bedoeld in de EG-Concentratieverordening, maar of het voorstel ook de proportionaliteitstoets doorstaat, is zoals hierna bij de bespreking van de regels van het vrije kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging zal blijken niet zonder meer zeker. De afdeling adviseert hiermee rekening te houden. Tevens attendeert zij de minister van VWS erop dat het voorstel ingevolge artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening aangemeld moet worden bij de Europese Commissie.

Het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in de zorg is een maatregel die gelet op het belang van de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg een gerechtvaardigde beperking zou kunnen vormen van het *vrije verkeer van kapitaal* en de *vrijheid van vestiging*. Het is daarbij wel van belang dat de noodzaak en geschiktheid van deze maatregel ten behoeve van de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg goed wordt gemotiveerd en dat wordt aangegeven dat er geen minder belemmerende alternatieven bestaan. Dit laatste is naar het oordeel van de afdeling, gelet op hetgeen zij hierna over mogelijke alternatieven opmerkt, niet eenvoudig aan te tonen.

Andere dwingende vereisten van algemeen belang waarop eventueel een beroep zou kunnen worden gedaan om een voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader te rechtvaardigen in het kader van het vrije verkeer, zijn de bescherming van de volksgezondheid en de dienst van algemeen economisch belang. Voordeel van een beroep op de laatstgenoemde exceptie is dat, mits sprake is van een belasting met een dienst van algemeen economisch belang, een voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg minder snel als een disproportionele maatregel zal worden gekwalificeerd.

2. *Hoe beoordeelt de afdeling de mogelijke samenhang met de toepassing van het aanmerkelijkemarktmachtinstrumentarium op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)?*

De aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa met betrekking tot zorgverleners en zorgverzekeraars is aanvullend op het algemene mededingingstoezicht van de NMa. Waar het concentratietoezicht van de NMa primair is bedoeld om het ontstaan van marktmacht als gevolg van concentraties te voorkomen, daar kan de NZa door gebruikmaking van haar aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid negatieve effecten van marktmacht bestrijden. De marktmacht hoeft daarbij niet het gevolg te zijn van een fusie. Deze bevoegdheid is derhalve van belangrijke toegevoegde waarde om de effectieve mededinging in de zorg te garanderen. Gelet op deze bevoegdheid is het de afdeling niet duidelijk waarom het noodzakelijk zou zijn de mededinging in de zorgsector te waarborgen aan de hand van een door de NMa te hanteren strenger toetsingskader inzake concentraties. De zorgsector kent reeds een specifieke markttoezichthouder, die beschikt over een bijzondere bevoegdheid om negatieve effecten van marktmacht te bestrijden. Men zou verwachten dat in een sector waar een dergelijke bijzondere bevoegdheid reeds bestaat, de behoefte aan het voorkomen van marktmacht via een strenger concentratietoezicht minder wordt gevoeld.

3. *Welke mogelijkheden ziet de afdeling om de rol van de NZa en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) te versterken in aanvulling op hun huidige betrokkenheid ten aanzien van het fusietoezicht van de NMa?*

In het concentratietoezicht van de NMa, zoals dat thans bestaat, is het niet nodig om de positie van de NZa te versterken. De samenwerking tussen de NMa en de NZa is reeds vastgelegd in een protocol. Er lijkt geen directe aanleiding om deze samenwerking nader wettelijk in te vullen. De NZa is een markttoezichthouder. De mogelijke inbreng van de NZa bij het concentratietoezicht door de NMa behelst in die zin geen wezenlijk andere deskundigheid dan die bij de NMa aanwezig is. De kennis van de NZa is wel toegespitst op de zorg en op preventief markttoezicht. De NMa kan, maar hoeft niet per se, waarde te hechten aan een oordeel van de NZa. Mocht het strengere toetsingskader voor fusies in de zorg worden ingevoerd, dan geeft dat geen aanleiding de positie van de NZa te versterken. Het strengere toetsingskader heeft geen wezenlijke gevolgen voor de methode van beoordeling van fusies tussen zorgverleners. De kwaliteit van zorg, zoals de IGZ die krachtens haar wettelijke taken beoordeelt, speelt in het concentratietoezicht slechts een beperkte rol. Toch biedt deze beperkte rol mogelijk wel reden om de positie van de IGZ te formaliseren. Bij een efficiëntieverweer, dat door fusiepartijen in de concentratieprocedure voor de NMa kan worden gevoerd, kan een oordeel over de kwaliteit van zorg wenselijk zijn. De IGZ is op dit moment de enige toezichthouder die over deze kwaliteit kan oordelen. Zou ervoor gekozen worden een fusieverbod in te voeren bij een gezamenlijk marktaandeel van 35% of meer en daarbij tevens een uitzonderingsmogelijkheid te creëren voor gevallen waarin er aanzienlijke kwaliteitsverbeteringen uit de fusie kunnen voortvloeien, dan verdient het aanbeveling om wettelijk vast te leggen dat de IGZ aan de NMa adviseert en dat de NMa, wanneer een beroep wordt gedaan op deze uitzonderingsmogelijkheid, het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van zorg volgt.

4. *Welke overige aspecten spelen bij de vormgeving van het voorstel?*

De afdeling meent dat bij de vormgeving van het voorstel ook rekening moet worden gehouden met het volgende. Het voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg is van tijdelijke aard. Alleen gedurende de transitiefase van een aanbodgestuurd naar een meer vraaggestuurd zorgstelsel is een strenger fusietoezicht noodzakelijk. De afdeling meent dat het geen aanbeveling verdient bij voorbaat aan te geven op welk tijdstip de maatregel zal vervallen. Dit kan ertoe leiden dat partijen hun fusieplannen slechts enige tijd uitstellen. Dit uitstel kan afbreuk doen aan de effectiviteit van de maatregel en kan er tevens toe leiden dat de werkelijke duur van de transitiefase wordt verlengd.

5. *Welke mogelijkheden ziet de afdeling voor een additionele zorgfusietoets, met doelcriteria anders dan de borging van voldoende mate van competitie zoals onder de Mw?*

Gelet op het feit dat de afdeling vraagtekens plaatst bij de veronderstelling dat er een eenduidig verband bestaat tussen schaalgrootte van aangeboden zorg enerzijds en de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg anderzijds, lijkt er onvoldoende grond om een toets in te voeren op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, die specifiek is gekoppeld aan fusies tussen zorgverleners (additionele zorgfusietoets). Niettemin doen zich problemen voor met kwaliteit en bereikbaarheid in de zorg. Deze problemen hebben

enerzijds te maken met het garanderen van marktwerking en anderzijds met de effectiviteit van het wettelijke instrumentarium ter garantie van de publieke belangen in de zorg. Wat het garanderen van marktwerking betreft wijst de afdeling op het bestaan van bepaalde marktimperfecties zoals het gebrek aan transparantie en de gebrekkige toegang tot de markt als gevolg van de numerus fixus bij de opleidingen voor de medische beroepen. Onder D5 van de voorlichting heeft de afdeling zich echter in het bijzonder gericht op de volledigheid en effectiviteit van het wettelijke instrumentarium om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te bewerkstelligen. De afdeling heeft onderzocht hoe de overheid de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg onder de huidige zorgwetgeving garandeert. Daarbij heeft zij bekeken of de desbetreffende voorschriften en bevoegdheden toereikend zijn om in concrete gevallen in te grijpen, dan wel of gelet op de stelselverantwoordelijkheid van de overheid additionele instrumenten nodig zijn. De conclusie van de afdeling is dat de wettelijke kaders en bevoegdheden op het terrein van de kwaliteit van zorg in het algemeen toereikend zijn om de verantwoordelijkheid van de overheid voor dat publieke belang in te lossen. Dit ligt anders voor de bereikbaarheid van zorg. Naar het oordeel van de afdeling verdient het aanbeveling om de regels betreffende de bereikbaarheid van acute zorg in een helder wettelijk kader neer te leggen. Voorts acht de afdeling het noodzakelijk om een wettelijke voorziening te treffen waardoor de minister bijzondere maatregelen kan treffen in situaties waarin door wanbeleid het voortbestaan van een onderneming in gevaar komt, terwijl dit gevaar gelet op het belang van de continuïteit van zorg niet voor risico van de zorgverlener kan worden gelaten.

## A. Inleiding

### 1. Inleiding

Bij brief van 15 september 2008, nr. MC-U-2874512, heeft de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), mede namens de Minister van Economische Zaken en de Staatssecretaris van VWS, ingevolge artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State verzocht om voorlichting over een voorstel voor een tijdelijk strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg. Hieronder wordt ingegaan op de aanleiding en inhoud van het verzoek alsmede de opzet van de voorlichting.

### 2. Aanleiding van het verzoek om voorlichting

In het voorjaar van 2008 is in de Tweede Kamer discussie ontstaan over de effecten van fusies tussen zorgverleners op de bereikbaarheid en kwaliteit van zorg. Naar aanleiding van deze discussies hebben de minister en de staatssecretaris van VWS aan de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) gevraagd onderzoek te doen naar een mogelijke aparte toets voor fusies tussen zorgverleners. De RVZ heeft in mei 2008 advies aan de minister en de staatssecretaris uitgebracht.<sup>3</sup> Hij adviseert de verantwoordelijkheid van aanbieders voor de besluitvorming over schaalgrootte, acute zorg uitgezonderd, te respecteren, maar aanbieders wel de risico's en consequenties daarvan te laten dragen. "Alleen zo", aldus de RVZ, "creëert men een doeltreffende toets op schaalbeslissingen".

De minister en de staatssecretaris van VWS hebben naar aanleiding van het advies van de RVZ een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin zij hun visie geven op bereikbaarheid en kwaliteit van zorg tegen de achtergrond van de ontwikkelingen in de schaal van zorg.<sup>4</sup> In deze brief geven zij te kennen dat zij ter voorkoming van het ontstaan van sterke machtsposities ten gevolge van fusies tussen zorgverleners in samenwerking met de minister van Economische Zaken een *beleidsregel* willen vaststellen krachtens artikel 5d van de Mededingingswet (Mw) waarbij het toezicht op fusies in de zorg door de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) wordt aangescherpt.<sup>5</sup> In deze beleidsregel zal worden bepaald dat de NMa in alle gevallen waarin fuserende partijen op de relevante markt gezamenlijk een marktaandeel van 35% of meer hebben, in haar fusietoets in de meldingsfase nader zal onderzoeken of de fusie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie. Tevens zal daarin worden bepaald dat de NMa bij de beoordeling van een dergelijke fusie rekening zal houden met voor de zorg specifieke elementen, zoals de inkoop van zorg, de nog op gang komende competitie tussen zorgverleners, de nog beperkte mate van sturing door verzekeraars, de nog gebrekkige transparantie van de geleverde kwaliteit van zorg en het belang van de mate van bereikbaarheid van patiënten. De NMa zal ingevolge de vast te stellen beleidsregel in haar fusiebesluiten motiveren, hoe de voor de zorg specifieke elementen van invloed zijn geweest op haar oordeel. Tot slot zal in

<sup>3</sup> Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Schaal en zorg*, Den Haag: 2008.

<sup>4</sup> Zie Kamerstukken II 2007/08, 29 247, nr. 75.

<sup>5</sup> Zie Kamerstukken II 2007/08, 29 247, nr. 75, blz. 7-8.



de beleidsregel nader worden bepaald, hoe de NMa structureel de zienswijzen van cliëntenraden en andere belanghebbenden in haar besluiten zal betrekken.

In de brief aan de Tweede Kamer geven de minister en de staatssecretaris van VWS verder te kennen dat zij menen dat zij met het voormelde voorstel voor een beleidsregel een goed evenwicht hebben gevonden tussen de algemene uitgangspunten van het fusiebeleid en de specifieke kenmerken van de zorgsector. Om tegemoet te komen aan de wens van de Tweede Kamer zeggen zij toe niettemin aan de Raad van State voorlichting te zullen vragen over de mogelijkheden de NMa een tijdelijk strenger toetsingskader te geven binnen de Mw, waarbij al bij een lager marktaandeel dan gebruikelijk, tot verbod van de desbetreffende fusie wordt besloten.<sup>6</sup>

### 3. *Onderwerp van het verzoek om voorlichting*

Het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in de zorg, waarover voorlichting wordt gevraagd, ziet er als volgt uit:

- de NMa verleent voor een fusie tussen zorgverleners die leidt tot een marktaandeel op de relevante markt van 35% of meer geen vergunning;
- de NMa kan niettemin een vergunning verlenen, indien aanzienlijke verifieerbare kwaliteitsverbeteringen uit de fusie voortvloeien en die verbeteringen niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentie beperkende middelen;
- dit strengere toetsingskader is tijdelijk en niet structureel van aard. De zorg is in een transitiefase van een aanbodgestuurd naar een meer vraaggestuurd stelsel. Voor de termijn zou kunnen worden aangesloten bij de werkingsduur van de tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen. Deze tijdelijke verruiming vervalt op 1 januari 2013.

Aan dit strengere toetsingskader liggen de volgende aannames ten grondslag:

- Voor de zorgmarkt die in transitie is, is een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies wenselijk. De competitie moet dienstig zijn aan de publieke belangen en ertoe leiden dat de cliënt centraal komt te staan. Dit behoeft in de huidige transitiefase waarin de zorgmarkt thans verkeert extra aandacht.
- door in de transitiefase fusies bij marktaandelen van 35% of meer te verbieden, blijven er meer zorgaanbieders op de markt aanwezig. Dat biedt via het indirecte pad van mededinging betere garanties voor goede kwaliteit dan in geval er in de relevante markt minder zorgaanbieders aanwezig zijn.
- op deze regel zijn uitzonderingen mogelijk, omdat in voorkomende gevallen door een fusie te realiseren kwaliteitsverbeteringen zo groot kunnen zijn dat deze opwegen tegen de nadelen van die fusie op de competitie.

---

<sup>6</sup> Zie Kamerstukken II 2007/08, 29 247, nr. 75, blz. 8.

#### 4. Afbakening van het onderwerp van de voorlichting

Het verzoek om voorlichting richt zich op de wenselijkheid van een strenger toetsingskader voor de NMa voor fusies in de zorg. Voor een goede analyse van dit onderwerp is het noodzakelijk de centrale begrippen nader af te bakenen.

##### *Zorg*

De gezondheidszorg in Nederland kan worden ingedeeld in vier deelsectoren, te weten de cure (medisch ingrijpen), de care (zorg en verpleging), de geestelijke gezondheidszorg (ggz) en de openbare gezondheidszorg (preventie). Afgezien van de openbare gezondheidszorg, die zich richt op het voorkomen van ziekte, worden deze sectoren vanouds georganiseerd vanuit het particuliere initiatief; de zorgvoorzieningen in de genoemde sectoren gaan uit van vrijgevestigde beroepsbeoefenaren of particuliere instellingen. De sector cure omvat de curatieve zorg die er op is gericht acute en chronische lichamelijke aandoeningen te behandelen en te genezen. In de curatieve intramurale zorg gaat het om ziekenhuizen en revalidatiecentra en de medische specialisten en verpleegkundigen die daar werken. Ook de ambulancehulpverlening en het ziekenvervoer worden tot de curatieve zorg gerekend. In de extramurale curatieve zorg is een scala aan beroepsbeoefenaars actief, zoals huisartsen, tandartsen en verloskundigen. Tot de sector cure wordt ook de geneesmiddelenvoorziening gerekend. De Zorgverzekeringswet (Zvw) vormt hiervoor het relevante wettelijke kader. Tot de sector care worden de ouderenzorg, de gehandicaptensector en de voorziening van hulpmiddelen gerekend. De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Wmo) vormen het relevante wettelijke kader daarvoor.

Deze voorlichting beperkt zich tot de deelsectoren cure en care. De sectoren ggz en openbare gezondheidszorg (preventie) blijven onbesproken omdat de voorlichtingsaanvraag geen betrekking heeft op deze sectoren van zorg. Dat neemt niet weg dat de ggz en openbare gezondheidszorg belangrijke sectoren zijn waarvoor de overheid evenzeer verantwoordelijkheid draagt.

##### *Toetsingskader*

Het verzoek om voorlichting richt zich op een tijdelijk strenger toetsingskader voor de NMa binnen de Mw. Daarbij wordt onder het toetsingskader verstaan: het kader voor de beoordeling van concentraties tussen ondernemingen, zoals voorgeschreven en geregeld in hoofdstuk 5 van de Mw. Dit kader is afgeleid van het in Verordening 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (EG-Concentratieverordening)<sup>7</sup> opgenomen toetsingskader. Voor de toepassing en uitleg van de Mw is aansluiting gezocht bij het EG-mededingingsrecht.

##### *Fusies*

In het verzoek om voorlichting wordt over fusies gesproken. Fusies worden in het mededingingsrecht aangeduid als concentraties. Daarbij wordt onder een concentratie verstaan:<sup>8</sup>

- (a) het fuseren van twee of meer voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen;
- (b) het direct of indirect verkrijgen van zeggenschap door:

<sup>7</sup> Pb. 2004, L 24/1.

<sup>8</sup> Zie artikel 27 van de Mw en artikel 3 van de EG-Concentratieverordening.

- een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die reeds zeggenschap over ten minste een onderneming hebben, of
  - middel van de verwerving van participaties in het kapitaal of van vermogensbestanddelen, uit hoofde van een overeenkomst of op enige andere wijze;
- (c) de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture) die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult (volwaardige gemeenschappelijke onderneming).

Al deze vormen van concentratie vallen onder het toepassingsbereik van hoofdstuk 5 van de Mw. Waar in het vervolg van deze voorlichting gesproken wordt over fusies, wordt dan ook bedoeld op al deze vormen van concentratie als bedoeld in hoofdstuk 5 van de Mw. Vormen van samenwerking tussen ondernemingen die niet aan te merken zijn als concentratie in de zin van voormeld hoofdstuk, vallen niet onder bereik van deze voorlichting. Dergelijke samenwerkingsvormen zijn toegestaan, mits niet strijdig met artikel 6 van de Mw (het kartelverbod).

#### *Fusies tussen zorgverleners*

Onder fusies in de zorg worden in deze voorlichting verstaan fusies tussen vrije beroepsbeoefenaren of zorgverlenende instellingen (hierna: fusies tussen zorgverleners), en dus niet fusies tussen zorgverzekeraars onderling en tussen zorgverzekeraars en zorgverleners of derden (verticale en conglomerate zorgfusies). De reden hiervoor is dat het verzoek om voorlichting van de minister van VWS zich beperkt tot fusies tussen zorgverleners. Het feit dat het verzoek om voorlichting zich beperkt tot horizontale fusies tussen zorgverleners wil niet zeggen dat verticale en conglomerate fusies zonder belang zijn voor de zorgsector. Integendeel zelfs. Ook verticale en conglomerate zorgfusies hebben effecten op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg. Deze effecten kunnen positief zijn (bijvoorbeeld betere coördinatie en afstemming van zorgverlening), maar ook negatief (bijvoorbeeld beperking van de toegang tot de markt voor concurrenten). De Raad adviseert de minister daarom in de discussie over schaalvergroting in de zorg aandacht te besteden aan het opkomende fenomeen van verticale en conglomerate fusies in de zorg en de verenigbaarheid van deze fusies met de Mw en het EG-recht.

#### *5. Voorlichtingsvragen*

De minister van VWS heeft in het verzoek om voorlichting de volgende vragen gesteld aan afdeling I van de Raad van State (hierna: de afdeling):

- 1 In hoeverre is het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in de zorg vorm te geven binnen de kaders van het Europese recht en de daarvan afgeleide nationale regelgeving, in het bijzonder de regels omtrent het vrij verkeer van kapitaal dan wel de vrijheid van vestiging en artikel 21, lid 4, van de EG-Concentratieverordening?
- 2 Hoe beoordeelt de afdeling de mogelijke samenhang met de toepassing van het aanmerkelijkemarktmachtinstrumentarium op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)?
- 3 Welke aspecten acht de afdeling verder van belang bij het vormgeven van een tijdelijk strenger toetsingskader voor de NMa zoals hierboven beschreven?

- 4 Welke mogelijkheden ziet de afdeling om een beroep te doen op andere dwingende vereisten van algemene belang dan “de kwaliteit van zorg” om een tijdelijk strenger toetsingskader voor de NMa zoals hierboven beschreven te rechtvaardigen?
- 5 Welke mogelijkheden ziet de afdeling om de rol van de NZa en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) te versterken, in aanvulling op hun huidige betrokkenheid, ten aanzien van het fusietoezicht van de NMa?
- 6 Welke mogelijkheden ziet de afdeling voor een additionele zorgfusietoets, met doelcriteria anders dan de borging van voldoende mate van competitie zoals onder de Mw? Bijvoorbeeld op basis van normen rond bereikbaarheid van zorg, kwaliteit van zorg, maatschappelijke functie van zorgverleners, leefbaarheid voor cliënten en/of keuzevrijheid van cliënten?

#### 6. *Opzet van de voorlichting*

Deze voorlichting is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingegaan op enkele algemene aspecten van het Nederlandse stelsel van gereguleerde marktwerking in de zorg en de wijze waarop de overheid in dit stelsel de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid borgt (deel B). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vraag of een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg nuttig en noodzakelijk is met het oog op het verbeteren van de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg (deel C) en worden de in het verzoek om voorlichting gestelde vragen behandeld (deel D). De bovengenoemde voorlichtingsvragen 1 en 4 worden daarbij gezamenlijk behandeld onder D.

Ten behoeve van de voorlichting zijn door de afdeling verscheidene personen gehoord die bijzondere deskundigheid hebben op het terrein van fusietoezicht in de zorg.

## B. Het stelsel van gereguleerde marktwerking in de zorg

### 1. Doelstellingen

Op 1 januari 2006 is in Nederland een stelsel van gereguleerde marktwerking ingevoerd in de zorgsector. De belangrijkste reden hiervoor was dat het aanbodgestuurde stelsel (budgetbenadering) gepaard ging met gebrek aan inzicht in de kosten van zorg en in de doelmatige besteding van middelen (betaalbaarheid van de zorg). Vanwege de centrale besluitvorming (via budgettering) werden partijen in de zorgsector niet gestimuleerd de zorgconsumptie beperkt af te nemen (patiënt) of in te zetten (zorgverlener). Door meer ruimte te scheppen voor marktwerking nemen de prikkels op decentraal niveau toe om efficiënt en patiëntgericht te werken.<sup>9</sup>

Als belangrijkste doelstellingen van de introductie van marktwerking in de zorgsector werden genoemd:

- behoud van betaalbaarheid van de zorg door het creëren van een groter kostenbewustzijn bij zorgverleners en patiënten als gevolg waarvan zorg meer doelmatig wordt verleend (zorgverlener) en gepast wordt gebruikt (patiënt);
- behoud van kwaliteit van zorg door groei van het veranderend vermogen van de zorgsector;
- behoud van goede toegankelijkheid van zorg door het zorgstelsel zo in te richten dat het wordt geschraagd door een meer robuust georganiseerde risico- en inkomenssolidariteit.<sup>10</sup>

### 2. Betrokken partijen en markten

#### 2.1 Drie partijen

De gereguleerde marktwerking in de zorg speelt zich af tussen drie partijen: de patiënt, de arts<sup>11</sup> en de verzekeraar. Deze partijen spelen in het zorgstelsel ieder een eigen rol. De *patiënt* vraagt om zorg van de arts. De *arts* biedt de zorg die aansluit bij de behoefte en de wens van de patiënt. Deze zorg moet binnen aanvaardbare tijd en tegen aanvaardbare kosten worden verleend. Bovendien dient de zorg van goede kwaliteit te zijn. De *verzekeraar* speelt een rol in de sfeer van de bekostiging van de door de arts aan de patiënt verleende zorg. Hij int, als het gaat om zorg die valt onder de Zw (de cure), vanuit de relatie verzekerde – verzekeraar geld in voor de bekostiging van de zorginstellingen en de vrije beroepsbeoefenaren, waarna hij het uitgeeft (zorg inkoop) in de relatie verzekeraar – arts. Voor zorg die valt onder de AWBZ (de care) is de rol van de verzekeraar beperkter. Hij zamelt voor die zorg geen geld in, maar geeft het enkel uit via het 'loket' van het zorgkantoor (inkoop van zorg en organisatie van zorg in natura voor ingezetenen in het beschreven werkgebied van het zorgkantoor). De bekostiging van zorg die valt onder de Wmo gaat volledig buiten de verzekeraar om. Deze taak is belegd bij de gemeenten.

<sup>9</sup> Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 3, blz. 3-7; Centraal Planbureau, Zorg voor concurrentie. Een analyse van het nieuwe zorgstelsel, Den Haag: 2003, blz. 9-10.

<sup>10</sup> Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 3, blz. 2 en 8.

<sup>11</sup> Daar waar in deze voorlichting wordt gesproken over 'de arts' worden hieronder tevens begrepen andere medische beroepsmatige zorgverleners zoals verpleegkundigen.

Voor het welslagen van het stelsel van gereguleerde marktwerking in de zorgsector is het van essentieel belang dat de drie partijen in het stelsel onder gelijke condities opereren. Partijen zullen alleen dan in staat zijn elkaar te prikkelen tot het beperkt afnemen (patiënt) en leveren (zorgaanbieder) van zorg, als zij 'aan elkaar gewaagd zijn'. De Zvw, de AWBZ en de Wmo beogen daartoe voorzieningen te bieden.

## 2.2 Drie zorgmarkten

Afhankelijk van het type zorg (Zvw, AWBZ of Wmo), zijn vanuit economisch perspectief met de verschillende partijen in de zorgsector, twee of drie markten te onderscheiden: de zorgverleningsmarkt, de zorginkoopmarkt en de zorgverzekeringsmarkt. Deze markten zien er als volgt uit.

### *Zorgverleningsmarkt*

De zorgverleningsmarkt is de markt voor vraag en aanbod van zorg. De vragers op deze markt zijn patiënten. De aanbieders zijn medische hulpverleners bijvoorbeeld artsen, ziekenhuizen, fysiotherapeuten en instellingen voor thuiszorg. Vanwege de verschillen tussen de diverse medische voorzieningen valt de zorgmarkt uiteen in deelmarkten voor verschillende soorten medische dienstverlening (denk bijvoorbeeld aan de markt voor huisartsenhulp, fysiotherapie of kraamzorg). De zorgverleningsmarkt is geen gewone markt. "Essentieel in de relatie tussen de arts en de patiënt zijn de medische professionaliteit (de juiste behandeling op het juiste moment voor de individuele patiënt) en het onderlinge vertrouwen (tussen de arts en de individuele patiënt)".<sup>12</sup>

### *Zorginkoopmarkt*

Op de zorginkoopmarkt onderhandelt de zorgverzekeraar (Zvw), het zorgkantoor (AWBZ) of de gemeente (Wmo) namens de patiënt met de aanbieders van zorg (de zorgverleners). Van de verzekeraar, het zorgkantoor en de gemeente wordt verwacht dat zij voldoende zorgcapaciteit van voldoende kwaliteit en voor een redelijke prijs inkopen. Ook de zorginkoopmarkt is onder te verdelen in diverse deelmarkten voor verschillende soorten medische dienstverlening. Marktwerking is niet voor al deze deelmarkten mogelijk c.q. leidt tot maatschappelijk ongewenste effecten. Zo kunnen de acute zorg,<sup>13</sup> de topreferente zorg<sup>14</sup> en de topklinische zorg<sup>15</sup> gelet op de bijzondere kenmerken daarvan niet aan marktwerking worden overgelaten.

### *Zorgverzekeringsmarkt*

In de sector cure concurreren verzekeraars op de zorgverzekeringsmarkt om de gunst van patiënt (verzekeringnemer). Zij bieden een pakket verzekeringen aan met een bepaalde premie (basispolis en aanvullende verzekering) en eventueel een vorm van eigen bijdragen waaruit de patiënt kan kiezen. Alle Nederlandse ingezetenen zijn

<sup>12</sup> Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 4, blz. 2.

<sup>13</sup> Onder *acute zorg* wordt in deze voorlichting verstaan: traumazorg, spoedeisende eerste hulp, intensive care en acute zorg bij interne geneeskunde, chirurgie/orthopedie, pulmonologie, gynaecologie/verloskunde, kindergeneeskunde, keel-neus-oorgeneeskunde, oogheelkunde, neurologie, cardiologie, urologie, dermatologie, medisch-ondersteunende afdelingen, zoals radiodiagnostiek en anesthesiologie.

<sup>14</sup> *Topreferente zorg* is hooggespecialiseerde zorg die wordt verleend door universitaire medische centra en ten aanzien van sommige specialistische voorzieningen ook door enkele topklinische opleidingsziekenhuizen. Het begrip 'topreferent' verwijst naar het refereren door medisch-specialisten naar een op het desbetreffende deelgebied erkende expert.

<sup>15</sup> *Topklinische zorg* is hooggespecialiseerde zorg waarvoor naast een aparte vergunning in het kader van de Wet bijzondere medische verrichtingen veelal ook relatief kostbare en specialistische voorzieningen nodig zijn.

verplicht zich te verzekeren (verzekeringsplicht voor rechthebbenden). Alle zorgverzekeraars zijn op hun beurt verplicht om iedereen te accepteren die in hun werkgebied valt (acceptatieplicht voor verzekeraars; verbod op risicoselectie op de basispolis). Een verzekeraar kan zelf bepalen in welke vorm hij een zorgverzekering aanbiedt: een polis met vooraf gecontracteerde zorg (naturapolis) of een polis met kostenvergoeding (restitutiepolis) of een combinatie daarvan. Het aanbod van aanvullende verzekeringen is aan minder regels onderworpen. Zo geldt voor deze verzekeringen bijvoorbeeld geen verbod op risicoselectie. In de sector care bestaat geen concurrerende verzekeringsmarkt; de zorg in deze sector wordt gefinancierd uit het AWBZ-fonds.

#### *Samenhang tussen de verschillende markten*

De zorgverlenings-, zorginkoop- en zorgverzekeringsmarkt hangen nauw met elkaar samen. In de sector cure innen de zorgverzekeraars op de zorgverzekeringsmarkt hun premies om deze op de zorginkoopmarkt te besteden aan het kopen van zorg. Aanbieders van medische zorg verlenen zorg aan patiënten op de zorgverleningsmarkt terwijl hun vergoeding loopt via de zorginkoopmarkt. Patiënten ontvangen medische zorg op de zorgverleningsmarkt en betalen in ruil daarvoor premies op de zorgverzekeringsmarkt en eigen bijdragen op de zorginkoopmarkt. Voor een goed functioneren van de zorgsector is het dus van groot belang dat deze drie markten in 'evenwicht' zijn.

### 3. *De rol van de overheid*

#### 3.1 De overheid als stelselverantwoordelijke

Ingevolge artikel 22, eerste lid, van de Grondwet rust op de overheid de verplichting maatregelen te treffen ter bevordering en bescherming van de volksgezondheid.<sup>16</sup> De overheid geeft in het nieuwe zorgstelsel aan deze verplichting invulling door als systeemverantwoordelijke de publieke belangen in de zorg te garanderen. Zij doet dit op verschillende manieren. Zij stimuleert, zoals onder 3.2 aan de orde komt, met wetgeving de marktwerking in de sector en controleert als (markt)toezichthouder of die wetgeving wordt nageleefd. Tevens zijn, zoals onder 3.3. aan de orde komt, wetgeving en toezicht nodig om te zorgen dat publieke belangen worden beschermd die niet of onvoldoende door marktwerking worden gediend. Marktwerking staat primair ten dienste aan economische belangen, zoals een optimale verhouding tussen prijs en kwaliteit. Publieke belangen die te maken hebben met solidariteit en rechtvaardigheid kunnen niet door het marktmechanisme worden gewaarborgd.<sup>17</sup> Marktwerking mag ook geen doel in zichzelf worden en leiden tot een verlies aan kwaliteit van zorg of tot andere negatieve effecten. Men denke hierbij aan de selectie van verzekerden met lage gezondheidsrisico's, en aan het geven van voorrang aan personen die meer (kunnen) betalen. Om uitvoering te kunnen geven aan de opdracht als systeemverantwoordelijke de publieke belangen te garanderen in het stelsel van gereguleerde marktwerking, is het derhalve zaak dat de overheid:

- definieert wat de publieke belangen in de zorgsector zijn;
- de desbetreffende publieke belangen in wetgeving vertaalt;

<sup>16</sup> Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt dat de bevordering van de volksgezondheid ook de bescherming ervan omvat, zie MvA, Kamerstukken II 13 873, nr. 7, blz. 23-24.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 4, blz. 2.

- inhoudelijk deskundig is om toezicht te houden op zowel het functioneren van de markt als de verwerkelijking van publieke belangen.

### 3.2 Het stimuleren van de marktwerking

Het stimuleren van marktwerking in de zorg wordt vormgegeven in de Mw en de Wmg. Genoemde wetten bevatten regels die het zogenoemde marktfalen in de zorgsector corrigeren en de concurrentie stimuleren.

#### *Mededingingswet*

De Mw geeft regels voor de eerlijke concurrentie in alle sectoren van de Nederlandse economie. De wet sluit nauw aan bij de mededingingsregels van de Europese Gemeenschap. Uitgangspunt is dat de Mw niet strenger of soepeler is dan de Europese mededingingsregels.<sup>18</sup> De NMa geeft uitvoering aan de Mw en houdt toezicht op de naleving daarvan. De belangrijkste pijlers van het toezicht van de NMa zijn: het verbod op mededingingsbeperkende afspraken, het verbod op misbruik van de economische machtspositie en het preventieve concentratietoezicht.<sup>19</sup> De NMa heeft specifiek voor de zorgsector richtsnoeren ontwikkeld waarin zij haar beleid heeft vastgelegd ten aanzien van de toepassing van het kartelverbod en het concentratietoezicht in de zorgsector.<sup>20</sup>

#### *Wet marktordening gezondheidszorg*

De Zvw heeft marktwerking in de gezondheidszorg geïntroduceerd. De Wmg heeft deze marktwerking gecompliceerd en voorzien in toezicht door de NZa. Dit toezicht valt in drie onderdelen uiteen. De NZa oefent preventief mededingingstoezicht uit ten aanzien van zorgverleners en zorgverzekeraars. Voorts houdt zij toezicht op de uitvoering van de Zvw door de zorgverzekeraars en op uitvoering van de AWBZ.<sup>21</sup> In het kader van het preventieve mededingingstoezicht is de NZa bevoegd om zorgverleners en zorgverzekeraars met aanmerkelijke marktmacht gedragsverplichtingen op te leggen, zoals een contracteerverplichting of de verplichting tot informatieverschaffing.<sup>22</sup> Hiermee wordt beoogd de daadwerkelijke mededinging te bevorderen en te voorkomen dat de concurrentie wordt verhinderd in de zorgsector.

### 3.3 De borging van de publieke belangen

In de zorgsector spelen naar in het algemeen wordt aangenomen drie publieke belangen een rol: (i) de kwaliteit van zorg, (ii) de toegankelijkheid van zorg en (iii) de betaalbaarheid van zorg. Hierna geeft de afdeling aan hoe de borging van deze belangen in wetgeving is vertaald. Zij beperkt zich daarbij tot wetgeving die direct gerelateerd is aan zorgverlening.

#### *A. Kwaliteit van zorg*

Afhankelijk vanuit welk perspectief men ernaar kijkt (arts, patiënt of verzekeraar), kan de kwaliteit van zorg worden uitgedrukt in termen van medische kennis en kunde (arts),

<sup>18</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 10.

<sup>19</sup> Zie artikel 6, respectievelijk artikel 24, alsmede hoofdstuk 5 van de Mw.

<sup>20</sup> Richtsnoeren voor de zorgsector (2007).

<sup>21</sup> Artikel 16 van de Wmg.

<sup>22</sup> Artikel 48 van de Wmg.



zorg op maat en naar keuze (patiënt) of doelmatigheid en kosten van zorg (verzekeraar). Vanuit het perspectief van de overheid wordt onder kwaliteit van zorg veelal verstaan veilige, effectieve en patiëntgerichte zorgverlening. Drie aspecten van kwaliteit kunnen in dat verband worden onderscheiden:

- kwaliteit van het medisch-technische handelen (medisch-inhoudelijke kwaliteit);
- kwaliteit van de attitude van de beroepsbeoefenaar of de instelling (patiëntbejegeningkwaliteit);
- kwaliteit van de organisatie van de beroepsuitoefening (beheerskwaliteit).<sup>23</sup>

#### *Medisch-inhoudelijke kwaliteit*

De medisch-inhoudelijke kwaliteit van zorg wordt enerzijds geborgd via zelfregulering (protocollen, richtlijnen en beroepscode van beroepsgroepen, kwaliteitshandboeken van instellingen en systemen van intercollegiale toetsing) en anderzijds via wetgeving, te weten de Wet Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (Wet BIG) en de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz). De handhaving van de desbetreffende regels is deels tuchtrechtelijk, deels strafrechtelijk en deels bestuursrechtelijk georganiseerd. De IGZ is belast met het toezicht vanwege de overheid.

#### *Patiëntbejegeningkwaliteit*

De kwaliteit van de attitude van een beroepsbeoefenaar of zorginstelling jegens de patiënt (patiëntbejegeningkwaliteit) wordt net als de medisch-inhoudelijke kwaliteit van zorg zowel via zelfregulering (beroepscode van beroepsverenigingen en kwaliteitscriteria van zorginstellingen) als via wetgeving geborgd. Als het gaat om wetgeving vormen de Wet BIG, de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) en de Kwz, de belangrijkste waarborgen voor goede patiëntbejegeningkwaliteit. Zorgverleners zijn op grond van deze wetten verplicht tot 'goed hulpverlenerschap', 'deskundig handelen' en 'zorg van goed niveau'. Een goede patiëntbejegening maakt hiervan deel uit. Een goede bejegening van patiënten wordt ook gerealiseerd via wetgeving op het terrein van patiëntenrechten, zoals de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. De IGZ houdt toezicht op de patiëntbejegeningkwaliteit.

#### *Beheerskwaliteit*

De kwaliteit van de organisatie van de beroepsuitoefening (beheerskwaliteit) wordt in het Nederlandse zorgstelsel gewaarborgd via de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Om zorg te mogen leveren die ten laste komt van de Zvw of de AWBZ, moeten zorginstellingen ingevolge de WTZi een toelating hebben van de minister van VWS. Bij aanvraag om toelating wordt met name getoetst op de transparantie (inzichtelijkheid en controleerbaarheid) van bestuursstructuur en bedrijfsvoering. De IGZ is belast met het toezicht op de naleving van de WTZi.

### *B. Toegankelijkheid van zorg*

Onder de toegankelijkheid van zorg wordt in de regel verstaan dat personen, die zorg nodig hebben, op tijd en zonder grote drempels toegang hebben tot zorgverlening. Een onderscheid kan daarbij worden gemaakt tussen (geografische) bereikbaarheid van zorg, tijdigheid van zorg, continuïteit van zorg, vrije toegang tot zorg (keuzevrijheid),

<sup>23</sup> Zie J.M.D. Boot, *Organisatie van de gezondheidszorg*, Assen: Van Gorcum 2007, blz. 159.

gelijke toegang tot zorg (sociale toegankelijkheid) en voldoende aanbod van zorg (personeelsaanbod).<sup>24</sup>

#### *Bereikbaarheid en tijdigheid van zorg*

Als het gaat om het waarborgen van de bereikbaarheid en tijdigheid van zorg, moet een onderscheid worden gemaakt tussen acute zorg en niet-acute zorg. Voor acute zorg gelden verschillende bereikbaarheidsnormen. Deze bereikbaarheidsnormen variëren van zeer algemene normen zoals die van 'goed hulpverlenerschap' in de WGBO, tot meer concrete normen zoals de landelijke werkwijze spoedzorg op basis van artikel 16 van het Zorgindicatiebesluit en de 45-minutennorm voor acute tweedelijnszorg in de beleidsregels op basis van de WTZi. Zorgaanbieders die de toegang tot acute zorg niet zodanig organiseren dat voldaan wordt aan de 45-minutennorm, kunnen in het uiterste geval geconfronteerd worden met bestuursdwang of zelfs de intrekking van hun toelating. Voor de bereikbaarheid en tijdigheid van niet-acute zorg zijn geen normen ontwikkeld. Wel zijn er in het zogenaamde Treek-overleg door ziekenhuizen, huisartsen, medisch specialisten en zorgverzekeraars streefnormen vastgesteld voor onder meer de beschikbaarheid van niet-spoedeisende hulp, maar ook voor de tijd waarbinnen een huisartsenconsult moet plaatsvinden (binnen twee dagen).<sup>25</sup> Deze streefnormen hebben betrekking op de lengte van de wachtlijst en de wachttijd van alle typen zorg. Bij niet-acute AWBZ-zorg is bereikbaarheid met name van belang als voorwaarde voor leefbaarheid. Omdat zorg langdurig wordt verleend, is het van belang dat de plaats waar de zorg wordt verleend, zo eenvoudig mogelijk bereikbaar is vanuit het sociale netwerk van de patiënt.<sup>26</sup> De IGZ is de belangrijkste toezichthoudende instantie als het gaat om de tijdigheid en bereikbaarheid van zorg.

#### *Continuïteit van zorg*

Onder continuïteit van zorg wordt in deze voorlichting verstaan de aanwezigheid van een basisaanbod van zorg in een bepaalde regio 7x24 uur. De continuïteit van zorg wordt bepaald door de minimumformatie aan medisch specialisten en (gespecialiseerde) verpleegkundigen en de beschikbaarheid van faciliteiten. Voor het waarborgen van de continuïteit van zorg kunnen bepaalde instellingen noodzakelijk zijn. Deze instellingen kunnen ook wel 'systeeminstellingen' worden genoemd (vergelijk systeembanken in de financiële sector).<sup>27</sup> De continuïteit van zorg wordt niet expliciet geregeld in wetgeving. Indirect wordt zij gewaarborgd door de acceptatieplicht van zorgverzekeraars en de zorgplichten van zorgverzekeraars respectievelijk zorgkantoren op grond van de Zvw en de AWBZ.<sup>28</sup> Op grond van deze zorgplichten dienen de zorgverzekeraars en zorgkantoren te voorzien in de zorg waaraan behoefte bestaat.

#### *Keuzevrijheid en sociale toegankelijkheid van zorg*

Toegankelijkheid van zorg bestaat, zoals aangegeven, niet alleen uit bereikbaarheid en tijdigheid van zorg. Het impliceert ook een recht van patiënten op het hebben van vrije en gelijke toegang tot de zorg en het kunnen kiezen uit verschillende alternatieven

<sup>24</sup> Zie Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, Zorgbalans 2008, Bilthoven: 21 mei 2008.

<sup>25</sup> In het Treek-overleg participeren KNMG, Orde van Medisch Specialisten, LHV, VAZ, KNMP, het Paramedisch Verband, NMT, LVT, Arcares, GGZn, VGN en Zorgverzekeraars Nederland.

<sup>26</sup> Zie de achtergrondnotitie 'Kiezen voor bereikbaarheid en kwaliteit van zorg' van het ministerie van VWS, blz. 30.

<sup>27</sup> Zie Kamervragen met antwoord 2008/09, nr. 1555, Tweede Kamer, Aanhangsel van de Handelingen.

<sup>28</sup> Zie de artikelen 3 en 11 Zvw respectievelijk artikel 6, derde lid, AWBZ. Op grond van de Wmo geldt er geen zorgplicht, maar een compensatieplicht. De gemeente dient in ieder geval voorzieningen te treffen ter compensatie van de beperkingen die bepaalde personen ondervinden in hun zelfredzaamheid.

daarbij (keuzevrijheid en sociale toegankelijkheid van zorg). De Zvw, de AWBZ en de Wmo zijn de belangrijkste wettelijke instrumenten waarlangs dit recht wordt geborgd. Zo zijn zorgverzekeraars ingevolge de Zvw verplicht een ieder die daarom verzoekt te verzekeren en zorg aan te bieden (acceptatie- en zorgplicht voor zorgverzekeraars). De NZa is belast met het toezicht op de uitvoering van de Zvw en de AWBZ.

#### *Aanbod van zorg*

De aanwezigheid van voldoende aanbod van zorg (personeelsaanbod) wordt in Nederland als het gaat om medisch specialisten, huisartsen en tandartsen geregeld via de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Ingevolge artikel 7.56 van deze wet geldt voor deze beroepsgroepen, naast de gebruikelijke vooropleidingseisen, een instroombeperking (numerus fixus). De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap stelt jaarlijks het aantal personen vast dat landelijk kan instromen in de opleiding tot basisarts. Voor de studie geneeskunde zijn doorgaans meer aanmeldingen dan opleidingsplaatsen. De beschikbare opleidingsplaatsen voor deze studie worden daarom via een gewogen loting verdeeld. De minister van VWS stelt jaarlijks, op aanbeveling van de Stichting Capaciteitsorgaan, via het opleidingsfonds het aantal nieuwe instroomplaatsen vast voor medische en tandheelkundige vervolgopleidingen.

#### *C. Betaalbaarheid van zorg*

De betaalbaarheid van zorg kan op drie niveaus worden uitgedrukt:

- op macro-niveau; het gaat dan om de vraag wat het percentage van het Bruto Nationaal Product (BNP) is dat wordt besteed aan zorg.<sup>29</sup>
- op meso-niveau; het gaat dan om de verdeling van het zorgbudget over de verschillende sectoren van zorg (cure en care).
- op micro-niveau; het gaat dan om de betaalbaarheid van zorg op het niveau van de zorgverlener, de zorgverzekeraar of de patiënt.

De financieringsystematiek per zorgsector is als volgt:

#### *Financieringsystematiek Zvw*

Op grond van de Zvw zijn burgers verplicht zich te verzekeren tegen ziektekosten. Zij sluiten daartoe overeenkomsten met zorgverzekeraars voor een wettelijk omschreven (basis)zorgpakket. De verzekeringsrechten voor het basispakket volgen uit de wet. Er geldt daarbij een beperkt eigen risico. De basisverzekering wordt voor ongeveer de helft betaald uit premies die de verzekerden betalen aan de zorgverzekeraar. De zorgverzekeraars bepalen zelf de hoogte van de premies. Zij mogen echter wat de basisverzekering betreft geen verschillen aanbrengen in premie tussen verschillende groepen verzekerden. Wel mogen zij premiekorting hanteren voor collectieve basisverzekeringen. De andere helft van de basisverzekering wordt betaald uit de vereveningsbijdragen. Omdat een verbod op premiedifferentiatie kan leiden tot risicoselectie, wordt risicoverevening toegepast. Risicoverevening houdt in dat zorgverzekeraars financieel worden gecompenseerd voor verzekerden met aanmerkelijke gezondheidsrisico's, zoals ouderen of chronisch zieken. Risicoverevening draagt tevens bij aan eerlijke concurrentie tussen zorgverzekeraars. De uitgangspositie van zorgverzekeraars is gelijk ongeacht de samenstelling van de

<sup>29</sup> Zie Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Schaal en zorg*, Den Haag: 2008, blz. 19-20.

groep die bij heb is verzekerd. De risicovereveningsbijdrage wordt betaald uit het Zorgverzekeringsfonds. Dit fonds wordt gevoed door inkomensafhankelijke bijdragen die worden geheven door de Belastingdienst. Zorgverzekeraars en verzekerden kunnen naast de basisverzekering aanvullende verzekeringen afsluiten. Voor deze verzekeringen kan de hoogte van de premies afhankelijk worden gesteld van de leeftijd en gezondheid van de patiënt. De zorgverzekeraars concurreren met elkaar op basis van de geboden voorwaarden en de nominale premie. Om goed te kunnen concurreren dienen zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt goede en doelmatige zorg in te kopen. Dit moet ertoe leiden dat zorgverleners op de zorginkoopmarkt concurreren op de kwaliteit en de prijs van de aangeboden zorg. Dit betekent echter niet dat steeds vrije prijsvorming mogelijk is. Voor een groot aantal behandelingen (diagnosebehandelingscombinaties) worden door de NZa vaste tarieven vastgesteld. In 2009 is voor eenderde van de diagnosebehandelingscombinaties vrije prijsvorming mogelijk. Dit percentage zal worden opgeschroefd. Vrije prijsvorming lijkt echter niet voor alle behandelingen mogelijk.

#### *Financieringsystematiek AWBZ*

Het grootste deel van de AWBZ wordt gefinancierd door premies die over het inkomen van alle burgers worden geheven. Daarnaast vindt financiering plaats via de Rijksbijdrage en de eigen bijdragen. Een aanspraak op AWBZ-zorg ontstaat door een indicatiestelling uitgevoerd door het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ). Zo wordt bepaald of iemand voor een bepaalde soort hulp in aanmerking komt. Zorgverzekeraars zijn formeel verantwoordelijk voor de uitvoering van de AWBZ ten behoeve van hun verzekerden. Regionale zorgkantoren onderhandelen namens de zorgverzekeraars over zorgcontracten met de zorgaanbieders. Ook kent de AWBZ de mogelijkheid dat een verzekerde op basis van een indicatiebesluit een eigen budget (een persoonsgebonden budget - PGB) krijgt om zelf zorg in te kopen. Het geheel aan financiële middelen dat voor de AWBZ-zorg beschikbaar is, wordt de landelijke contracteerruimte genoemd. De omvang van de contracteerruimte per zorgkantorregio wordt elk jaar door de NZa berekend mede aan de hand van een Aanwijzing over de contracteerruimte die zij daartoe van de minister van VWS ontvangt. Het Centraal Administratiekantoor (CAK) verricht de betalingen die regionale zorgkantoren aan de zorgaanbieders verschuldigd zijn. Het CAK is tevens belast met het vaststellen en innen van de eigen bijdragen van verzekerden.

#### *Financieringsystematiek Wmo*

Op grond van de Wmo stelt een gemeente regels vast over te verlenen individuele voorzieningen. Deze zijn bedoeld voor kwetsbare groepen zoals ouderen, chronisch zieken en gehandicapten. De wet geldt echter niet voor zover er rechten te ontlenen zijn aan andere wetten, zoals de Zvw en de AWBZ. Er is in de Wmo geen sprake van een zorgplicht of wettelijk verankerd recht op zorg. Wel is er sprake van een zogenaamde compensatieplicht die inhoudt dat gemeenten verplicht zijn bepaalde beperkingen (zoals huishoudelijke beperkingen) die iemand ondervindt in zijn zelfredzaamheid en maatschappelijke participatie te compenseren door voorzieningen aan te bieden. Gemeenten contracteren ter uitvoering van deze compensatieplicht particuliere instellingen van zorg en welzijn. Zij doen dit via aanbesteding. De toewijzing van Wmo-zorg vindt plaats op basis van een indicatiebesluit. In plaats van toewijzing van zorg in natura kan een patiënt ook kiezen voor een PGB. Hij ontvangt dan budget van de gemeente om zelf zorg in te kopen. Over deze inkopen moet wel verantwoording worden afgelegd aan de gemeente. De uitvoering van de Wmo wordt

bekostigd uit een algemene uitkering uit het gemeentefonds en specifieke uitkeringen enerzijds en eigen inkomsten van gemeenten anderzijds.

#### 4. *Conclusie*

Op de overheid rust een verplichting om de publieke belangen in de zorg, te weten de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg, te garanderen. Waar zij voorheen vooral met aanbodregulering intervenueerde, hanteert zij sinds enkele jaren een stelsel van gereguleerde marktwerking. Door gebruik te maken van marktwerking beoogt de overheid het aanbod van kwalitatief goede, toegankelijke en betaalbare zorg te stimuleren. In een stelsel van gereguleerde marktwerking intervenueert de overheid om marktwerking mogelijk te maken en om belangen die niet afdoende door marktwerking worden gerealiseerd te beschermen. Marktwerking leidt immers niet per definitie tot het door de samenleving gewenste niveau van kwaliteit en toegankelijkheid van zorg. Bovendien kan marktwerking ten koste gaan van bepaalde publieke (deel)belangen in de zorg, omdat dit mechanisme geen rekening houdt met in de samenleving levende wensen van rechtvaardigheid en solidariteit. De overheid moet de publieke belangen helder en eenduidig definiëren en de verwezenlijking daarvan mede door middel van wetgeving garanderen. Tevens dient zij regelmatig te verifiëren of de publieke belangen in het stelsel afdoende worden gegarandeerd.

## **C. Nut en noodzaak van een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg**

### *1. Inleiding*

Aan de afdeling is voorlichting gevraagd omtrent een voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fuserende *zorgverleners* dat binnen de Mw zal worden uitgevoerd door de NMa. Zoals onder A is aangegeven ziet het voorstel er als volgt uit:

- de NMa verleent voor een fusie tussen zorgverleners die leidt tot een marktaandeel op de relevante markt van 35% of geen vergunning;
- de NMa kan niettemin een vergunning verlenen, indien aanzienlijke verifieerbare kwaliteitsverbeteringen uit de fusie voortvloeien en die verbeteringen niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentie beperkende middelen;
- dit strengere toetsingskader is tijdelijk en niet structureel van aard. De zorg is in een transitiefase van een aanbodgestuurd naar een meer vraaggestuurd stelsel. Voor de termijn zou kunnen worden aangesloten bij de werkingsduur van de tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen. Deze tijdelijke verruiming vervalt op 1 januari 2013.

De volgende veronderstellingen liggen hieraan ten grondslag:

- Voor de zorgmarkt die in transitie is, is een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies wenselijk. De competitie moet dienstig zijn aan de publieke belangen en ertoe leiden dat de cliënt centraal komt te staan. Dit behoeft in de huidige transitiefase waarin de zorgmarkt thans verkeert extra aandacht;
- door in de transitiefase fusies bij marktaandelen van 35% of meer te verbieden, blijven er meer zorgaanbieders op de markt aanwezig. Dat biedt via het indirecte pad van mededinging betere garanties voor goede kwaliteit dan in geval er in de relevante markt minder zorgaanbieders aanwezig zijn;
- op deze regel zijn uitzonderingen mogelijk, omdat in voorkomende gevallen door een fusie te realiseren kwaliteitsverbeteringen zo groot kunnen zijn dat deze opwegen tegen de nadelen van die fusie op de competitie.

De wens van een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg is in het verzoek om voorlichting gemotiveerd met de volgende passage uit de Kamerbrief van 27 juni 2008:

“gelet op de transitiefase waarin de zorg zich bevindt, is het denkbaar de kwaliteit van zorg te borgen door de competitie verder te bevorderen via aanscherping van de normen van de fusietoets van de NMa. Ons beleid is erop gericht de cliënt centraal te stellen. Wij werken hard om de randvoorwaarden daarvoor tot stand te brengen. Zo vergroten we de transparantie van kwaliteit, maken we de bekostiging meer cliëntgericht, verminderen we de toetredingsdrempels, versterken we de positie van cliënten en de rol van zorgverzekeraars en zorgkantoren. Daarnaast is het van belang

dat er – zeker ook tijdens de transitieperiode – voldoende zorgaanbieders op de markt zijn. Daardoor stimuleren we competitie en borgen we de kwaliteit van zorg.”<sup>30</sup>

Uit het vorenstaande maakt de afdeling op dat het voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg primair is bedoeld om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te waarborgen. In de zorgsector is op alle markten een concentratietendens waar te nemen. De consumenten bundelen zich op de zorgverzekeringsmarkt in collectieven, de zorgverzekeraars fuseren, de zorgverleners gaan samenwerkingsverbanden aan al dan niet in de vorm van fusies en ook tussen zorgverzekeraars en zorgverleners ontstaan nauwe relaties (verticale concentratie). Het gevolg hiervan is dat minder en grotere spelers het beeld op de markten bepalen. Deze concentratievorming heeft mogelijk consequenties voor de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg.

## 2. *Is de voorgestelde maatregel een oplossing voor de gestelde problemen?*

Om te kunnen concluderen dat een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg leidt tot een betere kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, moet, naar het oordeel van de afdeling, aan twee voorwaarden worden voldaan:

- er moet een helder verband zijn tussen de schaalgrootte van zorgverlening en de kwaliteit en bereikbaarheid van die zorg;
- kwaliteit en bereikbaarheid van zorg moeten te realiseren zijn door het hanteren van een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg door de NMa binnen de Mw.

In deze paragraaf gaat de afdeling na of naar haar oordeel aan bovengenoemde voorwaarden wordt voldaan.

### 2.1 Verband tussen schaalvergroting enerzijds en kwaliteit en bereikbaarheid van zorg anderzijds

Op de zorgverleningsmarkt treedt, aldus de RVZ in het advies 'Schaal en zorg', systematische schaalvergroting op.<sup>31</sup> Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende soorten zorg. In de sector care, in het bijzonder in de thuiszorg, is bestuurlijke schaalvergroting in de vorm van fusie, het verst voortgeschreden. In de ziekenhuiszorg gaat het – na de fusiegolf van de afgelopen twintig jaar – minder hard. In zowel de sector care als de sector cure is de samenwerking vaak (en van nature) regionaal, maar de laatste jaren steeds vaker ook landelijk. Dit laatste als reactie op het landelijk opereren van zorgverzekeraars en op het vaak landelijke karakter van collectiviteiten (ziektekostenverzekeringen met collectiviteiten van burgers/ingezetenen) in de sector cure. Per saldo heeft het vorenstaande naar het oordeel van de RVZ (nog) niet geleid tot een verminderde toegankelijkheid van zorg.<sup>32</sup> Naast een tendens van concentratievorming is er ook sprake van specialisatie, bijvoorbeeld in de vorm van het zelfstandige behandelcentrum. Dit heeft echter nog niet geleid tot een substantiële groei van het aantal toetreders.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Kamerstukken II, 2007/08, 29 247, nr. 75, blz. 7.

<sup>31</sup> Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, Schaal en zorg, Den Haag: 2008, blz 7.

<sup>32</sup> Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, Schaal en zorg, Den Haag: 2008, blz. 14-16.

<sup>33</sup> Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, Schaal en zorg, Den Haag: 2008, blz. 17.

De empirie, zo geeft de RVZ in het advies 'Schaal en zorg' aan, laat geen eenduidig verband zien tussen de schaalgrootte van zorgverlening en de kwaliteit van geleverde zorg: 'Vooralsnog is niet aangetoond dat grotere instellingen betere uitkomsten van het medisch proces genereren dan kleinere instellingen, of omgekeerd.'<sup>34</sup> De afdeling meent dat hierbij meespeelt dat kwaliteit van zorg verschillende deelfacetten heeft. Als het gaat om *medisch-inhoudelijke kwaliteit* van zorg kan enige schaalvergroting aangewezen zijn. Hierbij denkt de afdeling bijvoorbeeld aan de ondergrens aan het aantal te halen verrichtingen die de IGZ hanteert bij complexe zorg, zoals bij slokdarmkanker.<sup>35</sup> Dit geldt echter niet voor alle zorg. Indien het gaat om *beheerskwaliteit* en *patiëntbejegeningkwaliteit*, wordt schaalvergroting vaak als minder wenselijk ervaren (menselijke maat dreigt ondergeschikt te geraken). Dat een verband tussen schaalgrootte en kwaliteit van zorg moeilijk is aan te tonen, heeft vooral te maken met het gebrek aan inzicht in en transparantie van de resultaten van het primaire proces (de zorgverlening) en de onderliggende (kwaliteits)normen.

Ook het verband tussen de schaalgrootte van zorgverlening en de bereikbaarheid van zorg is, aldus de RVZ, niet eenduidig. Op het eerste gezicht lijkt de *bereikbaarheid* van zorg niet gediend met schaalvergroting. Schaalvergroting hoeft echter niet gepaard te gaan met het sluiten van locaties en het herverdelen van functies. Ondanks de vele fusies in de ziekenhuiszorg in de afgelopen twintig jaar bijvoorbeeld, is het aantal locaties nauwelijks aangetast. In de langdurige zorg is het aantal locaties waar zorg geleverd wordt zelfs toegenomen. En de telefonische bereikbaarheid van de huisartsenzorg is door de schaalvergroting in de vorm van huisartsenposten aanmerkelijk verbeterd.<sup>36</sup> Ook voor de zorg als bedoeld in de Wmo geldt dat schaalvergroting niet hoeft te leiden tot een vermindering van de bereikbaarheid.

De conclusies van de RVZ omtrent het bestaan van een eenduidig verband tussen schaalgrootte en de kwaliteit van zorg sluiten aan bij hetgeen de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid eerder in bredere zin stelde met betrekking tot de maatschappelijke dienstverlening. 'De relatie tussen omvang en kwaliteit van de dienstverlening en/of motivatie van professionals is minder eenduidig dan wordt gesuggereerd. In sommige gevallen hebben de schaalvoordelen bijgedragen aan innovatie van de dienstverlening, een beter toegesneden antwoord op maatschappelijke vragen. In andere gevallen hebben cliënten en professionals te maken gekregen met logge, bureaucratische systemen waarin individuele prominentie ondergeschikt is gemaakt aan de te volgen procedures en standaarden. Belangrijker dan de omvang van de organisatie zijn echter het voeren beleid, de visie en de kwaliteit van het management en de professionals. Ook kunnen lokale omstandigheden van grote invloed zijn op het functioneren van organisaties.'<sup>37</sup>

Gelet op het bovenstaande plaatst de afdeling nadrukkelijk vraagtekens bij de veronderstelling dat er een eenduidig verband bestaat tussen de schaalgrootte van de

<sup>34</sup> Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Schaal en zorg*, Den Haag: 2008, blz. 20. De RVZ baseert zich hierbij op de achtergrondstudie van J. Blank e.a., *Een inventariserend onderzoek naar de relatie tussen schaal, bereikbaarheid, kwaliteit en doelmatigheid in de zorg*, in: *Schaal en zorg, Achtergrondstudies*, blz. 51 e.v. en op zijn advies 'Marktconcentraties in de ziekenhuiszorg', Zoetermeer: 2003.

<sup>35</sup> Zie Kamerstukken II 2007/08, 29 247, nr. 75, blz. 4.

<sup>36</sup> Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Schaal en zorg*, Den Haag: 2008, blz. 22.

<sup>37</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam: 2004, blz. 136.



verschillende vormen van zorg en de kwaliteit en bereikbaarheid van geleverde zorg. In zoverre is de afdeling van oordeel dat het nut van de voorgenomen maatregel die ziet op het voorkomen van een bepaalde schaalgrootte als gevolg van fusies vooralsnog onvoldoende is aangetoond.

Dat neemt niet weg dat in de praktijk schaalvergroting negatieve consequenties kan hebben voor de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg. Naar het de afdeling voorkomt is dit echter niet zozeer te wijten aan de schaalvergroting als zodanig, maar aan een gebrek aan bestuurlijke aandacht en discipline om ook bij organisatorische veranderingen kwalitatief hoogwaardige patiëntgerichte zorg te (blijven) verlenen.

## 2.2 De toegevoegde waarde van een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg

Om te kunnen bepalen of een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg bijdraagt aan kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, moet een vergelijking worden gemaakt tussen het huidige concentratietoezicht van de NMa en het voorgestelde strengere toetsingskader. Deze paragraaf start daarom met een beschrijving van het huidige concentratietoezicht van de NMa en de effecten van dit toezicht op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg. Na deze beschrijving geeft de afdeling haar oordeel over de toegevoegde waarde van het voorgestelde strengere mededingingsrechtelijke toetsingskader voor fusies in de zorg.

### 2.2.1 Het huidige concentratietoezicht van de NMa

Het concentratietoezicht van de NMa is gericht op het voorkomen van concentraties van ondernemingen die de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze kunnen beperken. Het toezicht kent twee fasen: een meldingsfase en een vergunningsfase.

#### *Meldingsfase*

Concentraties die bepaalde omzeldrempels te boven gaan, dienen vooraf bij de NMa te worden gemeld.<sup>38</sup> Voor ondernemingen die zorg verlenen gelden tussen 1 januari 2008 en 1 januari 2013 verlaagde drempels.<sup>39</sup> Reden hiervoor is dat zorgconcentraties die wellicht op een regionale of lokale markt de mededinging op significante wijze zouden kunnen belemmeren als gevolg van relatief lage omzetten niet onder het concentratietoezicht zouden vallen. Voor ondernemingen in de zorg geldt dat zij hun fusieplannen moeten melden, indien zij met het verlenen van zorg ieder afzonderlijk een omzet hebben behaald van 5 500 000 miljoen euro en gezamenlijk een omzet genereren van ten minste €55 000 000, waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste €10 000 000 omzet in Nederland heeft behaald.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> De 'normale' drempels zijn dat de ondernemingen tezamen jaarlijks in totaal meer dan 113.450.000 euro wereldwijd omzetten en minstens twee van hen binnen Nederland ieder een jaaromzet van minimaal 30 miljoen euro behalen.

<sup>39</sup> Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, Stb. 2007, 518.

<sup>40</sup> Artikel 34 van de Mw. Zie ook artikel 1 van het Besluit van 6 oktober 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen in die zorg verlenen, Stb. 2007, 518.

De NMa deelt binnen vier weken na de ontvangst van een melding mede of voor het totstandbrengen van de concentratie, waarop die melding betrekking heeft, een vergunning is vereist. Zij toetst daarbij of zij reden heeft om aan te nemen dat de fusie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze *zou kunnen belemmeren*, met name als resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie.<sup>41</sup> De NMa doet in dit verband onder meer onderzoek naar de positie van de betrokken ondernemingen op de markten waarop de ondernemingen actief zijn, de positie van de aanbieders op die markten, de mate waarin afnemers en leveranciers afhankelijk zijn van de nieuw te vormen onderneming en de mogelijkheden van derden om tot de markt toe te treden. Is er reden om aan te nemen dat de fusie de mededinging op significante wijze zou kunnen belemmeren, dan moeten de betreffende partijen bij de NMa een vergunningsaanvraag doen.<sup>42</sup> De mededeling dat voor het totstandbrengen van de concentratie geen vergunning is vereist, kan onder voorwaarden worden gedaan, indien uit de ter zake van de melding verstrekte gegevens en voorstellen zonder meer blijkt dat een significante belemmering van de mededinging kan worden vermeden indien aan die voorwaarden is voldaan.<sup>43</sup>

#### *Vergunningsfase*

In de vergunningsfase doet de NMa een grondiger onderzoek naar wat de relevante markten zijn en welke posities de bij de fusie betrokken ondernemingen daarop innemen. De NMa onderzoekt voorts onder meer de positie van de concurrenten op de relevante markten, de mate waarin afnemers en leveranciers afhankelijk zijn van de nieuw te vormen onderneming en de mogelijkheden van derden om tot de markt toe te treden. De NMa verleent geen vergunning voor de fusie als zij op basis van het onderzoek van mening is dat de voorgenomen fusie de daadwerkelijke mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt op significante wijze *belemmert*, met name door het ontstaan of versterken van economische machtsposities. Een vergunning kan onder beperkingen worden verleend en met voorschriften gepaard gaan.<sup>44</sup> Indien ten minste een van de bij een concentratie betrokken ondernemingen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, kan een vergunning slechts worden geweigerd, indien de weigering van die vergunning de vervulling van de hun toevertrouwde taak niet verhindert.<sup>45</sup>

#### *Remedies*

Hierboven is aangegeven dat de mededeling dat voor het tot stand brengen van de concentratie geen vergunning is vereist, onder voorwaarden kan worden gedaan en dat, voor zover een vergunning wel vereist is, daaraan voorschriften kunnen worden verbonden. Deze voorwaarden en voorschriften worden 'remedies' genoemd. Remedies worden doorgaans gebaseerd op een voorstel van de fuserende partijen. Er worden twee soorten onderscheiden. Structurele remedies zien op een structurele verandering op de markt; bijvoorbeeld de afstoting van bedrijfsonderdelen van de fuserende onderneming. Bij gedragsremedies worden verplichtingen gesteld ten aanzien van het gedrag van de onderneming. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om het

---

<sup>41</sup> Artikel 37, tweede lid, van de Mw.

<sup>42</sup> Artikel 41, eerst lid, van de Mw.

<sup>43</sup> Artikel 37, vierde lid, van de Mw.

<sup>44</sup> Artikel 41, vierde lid, van de Mw.

<sup>45</sup> Artikel 41, derde lid, van de Mw.

waarborgen van gelijke behandeling van klanten. Aan structurele remedies wordt in het algemeen de voorkeur gegeven boven gedragsremedies.<sup>46</sup>

*Vergunningverlening door minister om gewichtige redenen van algemeen belang*

De minister van Economische Zaken kan, nadat de NMa een vergunning voor het tot stand brengen van een concentratie heeft geweigerd, op een daartoe strekkende aanvraag besluiten die vergunning toch te verlenen indien naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang, die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging, daartoe nopen.<sup>47</sup> De minister verricht bij de uitoefening van deze bevoegdheid geen mededingingsrechtelijke toets, maar kan zich baseren op uiteenlopende overwegingen van economische en niet-economische aard. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid dient wel rekening te worden gehouden met het feit dat gebruik hiervan op gespannen voet kan staan met het EG-recht, in het bijzonder artikel 82 van het EG-Verdrag. De vergunningverlening kan immers onder omstandigheden misbruik van een economische machtspositie tot gevolg hebben.<sup>48</sup>

*Het materiële toetsingscriterium nader beschouwd*

Het concentratietoezicht van de NMa dient ertoe om mededingingsbeperkingen door concentratievorming te voorkomen. Om te kunnen bepalen of een fusie de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze kan belemmeren, dient de NMa eerst te bepalen wat *de relevante markt* is. De relevante markt wordt gezien als het terrein waarop aanbieders concurrentie van elkaar ondervinden. De relevante markt wordt bepaald door het soort product of dienst dat wordt aangeboden en het geografische gebied waarbinnen de aanbieders actief zijn. Wat het soort product betreft gaat het om alle goederen of diensten die op grond van hun kenmerken, prijzen en het gebruik waarvoor zij bestemd zijn, door de afnemer als onderling inwisselbaar kunnen worden beschouwd. Wat de geografische afbakening betreft gaat het om het gebied waar de desbetreffende producten of diensten binnen specifieke voorwaarden concurreren, welke voorwaarden afwijken van andere gebieden.<sup>49</sup> Daarbij kan ook de reisbereidheid van afnemers een rol spelen.<sup>50</sup> Na afbakening van de relevante markt dient de NMa vast te stellen of de ondernemingen die fuseren als gevolg van de fusie op de desbetreffende markt een dusdanige positie verkrijgen dat zij de *mededinging op significante wijze belemmeren*. Marktmacht is de mogelijkheid van een of meer ondernemingen om - ter vergroting van de winst - de prijzen te verhogen, de productie te verlagen, de keuze aan producten te verlagen, de kwaliteit van producten te verlagen, innovatie af te remmen of op andere wijze de veronderstelde gevolgen van concurrentie te beïnvloeden. Deze marktmacht is met name aanwezig in het geval er sprake is van een economische machtspositie. Onder een economische machtspositie wordt verstaan een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt zich op de desbetreffende markt in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers of de eindgebruikers te gedragen. Het marktaandeel vormt een belangrijke criterium om te kunnen spreken van marktmacht of van een economische machtspositie. Van (horizontale)

<sup>46</sup> NMa, Richtsnoeren Remedies (2007).

<sup>47</sup> Artikel 47, eerste lid, van de Mw

<sup>48</sup> Zie Mededingingswet, Tekst & Commentaar, Deventer 2008, blz. 135.

<sup>49</sup> Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. 1997, C 372/5.

<sup>50</sup> Zo wordt bij de beoordeling van ziekenhuisfusies de Elzinga Hogarty-test toegepast. Het betreft een test die uitgaat van het feitelijke reisgedrag van patiënten voor de fusie. Wordt er veel gereisd dan kan de relevante markt groter worden afgebakend.

concentraties die niet resulteren in een marktaandeel van 25% kan worden vermoed dat zij niet leiden tot een significante belemmering van de mededinging. Zeer grote marktaandelen – 50% of meer – kunnen op zichzelf voldoende bewijs vormen van het bestaan van een machtspositie.<sup>51</sup>

Marktaandeel is echter niet het enige criterium. Zo wordt er gekeken naar het aantal concurrenten en hun marktaandelen, de (on)mogelijkheid voor nieuwe bedrijven om tot de markt toe te treden, de positie van afnemers, et cetera.

Uit een fusie te verwachten *efficiëntieverbeteringen* kunnen bovendien een tegenwicht bieden tegen de mogelijke schade die de consument als gevolg van marktmacht ondervindt. Een fusie hoeft derhalve, ondanks de negatieve effecten daarvan, niet te worden geacht de mededinging op significante wijze te belemmeren, wanneer uit de fusie specifieke verifieerbare technische en economische voordelen voor de consument voortvloeien. In het kader van de beoordeling of een fusie de mededinging op significante wijze belemmert, moet dan ook uit mededingingsrechtelijk oogpunt een algemene doorlichting plaatsvinden van de fusie, waarbij rekening worden gehouden met alle relevante economische belangen, waaronder de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang, voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging.<sup>52</sup> Het is mogelijk dat onder 'efficiëntieverbeteringen' ook kwaliteitsverbeteringen moeten worden gezien.<sup>53</sup> Kort gezegd is de beoordeling van een concentratie door de NMa geënt op een *economische benadering*. Dat wil zeggen dat niet enkel wordt geconcentreerd op het tegengaan van marktmacht, maar dat tevens aandacht wordt gegeven aan het streven naar economische efficiëntie van de markt teneinde de consumentenwelvaart te bewerkstelligen.

#### *Hoe kunnen bereikbaarheid en kwaliteit van zorg aan de orde komen in het concentratietoezicht van de NMa?*

Van de Gronden en Stergiou hebben in 2008, in opdracht van de RVZ, onderzocht in hoeverre de NMa in het kader van het concentratietoezicht zorgaspecten als kwaliteit, bereikbaarheid en beschikbaarheid van zorg laat meewegen in haar beoordelingen in de meldings- en vergunningsfase. Zij geven aan dat in de beoordeling van concentraties door de NMa kwaliteit van zorg geen belangrijke rol speelt. De NMa gaat uit van het economische criterium van de significante beperking van de mededinging.<sup>54</sup> Zolang de aanwezigheid van andere zorgverleners tot gevolg zal hebben dat bij verlaging van de kwaliteit er verlies van klanten dreigt (disciplinerende werking van andere zorgverleners), worden fusies tussen zorgverleners niet door de NMa verboden. Slechts in gevallen dat er geen disciplinerende werking uitgaat van andere zorgverleners, worden fusies verboden.<sup>55</sup> Aangenomen mag worden dat publieke belangen als bereikbaarheid en beschikbaarheid van zorg alleen aan de orde komen bij de afbakening van de relevante (geografische) markt.<sup>56</sup> Deze aspecten kunnen derhalve indirect een reden vormen om fusies te verbieden.

<sup>51</sup> Richtsnoeren van de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 2004, C 31/03.

<sup>52</sup> Richtsnoeren van de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 2004, C 31/03, paragraaf 76.

<sup>53</sup> Zie ook paragraaf 5.4 van de Richtsnoeren voor de zorgsector (2007).

<sup>54</sup> J.W. van de Gronden en mr. H.M. Stergiou, Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht? (hierna: Van de Gronden en Stergiou), in: Schaal en Zorg, Achtergrondstudies, blz. 185.

<sup>55</sup> Van de Gronden en Stergiou, blz. 176.

<sup>56</sup> Van de Gronden en Stergiou, blz. 176.

De NMa heeft zelf aangegeven kwaliteitsverbeteringen als efficiëntieverbeteringen te betrekken in de beoordeling van zorgfusies.<sup>57</sup> Dat betekent dat onder bepaalde voorwaarden een fusie, die anders verboden zou worden, toch wordt goedgekeurd als die fusie leidt tot (kwaliteits)verbeteringen die aan de consument ten goede komen.<sup>58</sup> In maart 2009 zijn in een besluit van de NMa betreffende de Zeeuwse Ziekenhuizen voor de eerste keer de positieve gevolgen van de kwaliteit van zorg nadrukkelijk betrokken in de vraag of een fusie ondanks de daaruit voortvloeiende negatieve effecten voor de mededinging toch zou kunnen worden toegestaan gelet op de efficiëntieverbeteringen die aan de afnemers ten goede zouden kunnen komen.<sup>59</sup> De NMa overweegt: 'Een daadwerkelijke mededinging draagt ertoe bij dat (zorg)aanbieders gedwongen worden om hun (zorg)aanbod zo goed mogelijk af te stemmen op de wensen van de afnemers. Het (zorg) aanbod kan worden vormgegeven via verschillende concurrentieparameters waarvan het aannemelijk is dat ze bepalend zijn voor de keuze van de afnemer voor een bepaald (zorg)product. Bij de waardering door de afnemer van het zorgaanbod zijn diverse aspecten van belang. Kwaliteit is daarvan een belangrijke maar naast kwaliteit spelen ook bereikbaarheid en prijs een rol. De onderlinge verhouding tussen deze verschillende aspecten bepaalt de waardering van de afnemer voor een bepaald (zorg)aanbod. Effecten van een fusie dienen daarom slechts dan als efficiëntieverbeteringen te worden beschouwd, wanneer het voldoende aannemelijk is dat afnemers de verandering van het aanbod in alle facetten gezamenlijk positief waarderen.' De NMa verleende uiteindelijk de vergunning onder specifieke voorwaarden.<sup>60</sup> Opvallend aan het uiteindelijke besluit is dat het efficiencyverweer wordt gehonoreerd mede als gevolg van de remedies die de fuserende partijen hebben aangeboden. Deze remedies houden in dat partijen: a. zich houden aan prijsplafonds; b. binnen bepaalde termijnen bepaalde kwaliteitsverbeteringen realiseren; en c. de toegang tot de markt voor medisch-specialistische zorg faciliteren. Het ging hier derhalve om (tot nog toe minder gebruikelijke) gedragsremedies die enerzijds zien op het verminderen van de potentieel uit de fusie voortvloeiende concurrentiebeperkingen en anderzijds op het verzekeren van efficiencyverbeteringen (kwaliteitsverbeteringen) voor afnemers.<sup>61</sup>

## 2.2.2 De toegevoegde waarde van een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg

Het strengere toetsingskader voor fusies in de zorg waarover voorlichting is gevraagd aan de afdeling, houdt zoals eerder is uitgelegd, een verbod in op fusies tussen zorgverleners die leiden tot een marktaandeel op de relevante markt van 35% of meer; de NMa verleent voor dergelijke fusies geen vergunning. Niettemin kan de NMa een uitzondering maken en dus alsnog een vergunning verlenen als er aanzienlijke verifieerbare kwaliteitsverbeteringen uit de fusie voortvloeien en die verbeteringen niet

<sup>57</sup> Zie ook paragraaf 5.4 van de Richtsnoeren voor de zorgsector (2007).

<sup>58</sup> Van de Gronden en Stergiou, blz. 177.

<sup>59</sup> Als negatieve effecten voor de mededinging worden in het besluit genoemd: de grote aandelen van de bij de fusie betrokken partijen op de relevante markten (84% respectievelijk 88%), het gebrek aan dreiging van toetreding (potentiële concurrentie) en de afwezigheid van grote afnemers die de fusiepartijen kunnen disciplineren (compenserende afnemersmacht), zie zaak 6424/Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuizen, randnrs. 85-97.

<sup>60</sup> Zaak 6424/Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuizen.

<sup>61</sup> Zaak 6424/Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuizen.

in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen.

Voor zover beperkingen van de mededinging ten koste zouden kunnen gaan van de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, heeft de voorgenomen maatregel uit mededingingsrechtelijk oogpunt geen toegevoegde waarde. Op grond van het huidige concentratietoezicht van de NMa zijn fusies die een significante belemmering van de mededinging vormen, en daarom mogelijk negatieve gevolgen hebben op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, reeds verboden. Fusies die een marktaandeel op de relevante markt van 35% of meer tot gevolg hebben leiden niet per se tot een significante belemmering van de mededinging. Een groot aantal van deze fusies is daarom nu toegestaan. Het verbieden van fusies wanneer er geen significante belemmering van de mededinging zal optreden is uit mededingingsrechtelijk oogpunt niet zinvol.

### 3. *Conclusie*

In dit deel van de voorlichting is onderzocht of het voorgestelde strengere toetsingskader voor fusies in de zorg een geschikte maatregel is om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te verbeteren. Dit leidt tot de volgende conclusies. Ten eerste plaatst de afdeling nadrukkelijk vraagtekens bij de veronderstelling dat er een eenduidig verband bestaat tussen schaalgrootte van aangeboden zorg en de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg. Er vindt in de zorg veel concentratievorming plaats, maar dat leidt niet per se tot verlies aan kwaliteit en verminderde bereikbaarheid. Ten tweede concludeert de afdeling dat er vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen reden is om in de Mw een algemeen verbod in te stellen op fusies die resulteren in een gezamenlijk marktaandeel van 35% of meer. Het concentratietoezicht richt zich op fusies die een significante belemmering van de mededinging tot gevolg hebben en daarmee negatieve effecten voor afnemers kunnen meebrengen. Een marktaandeel van 35% of meer vormt naar mededingingsrechtelijke maatstaven op zichzelf geen grond om aan te nemen dat er sprake is van een significante belemmering van de mededinging. In het concentratietoezicht van de NMa worden de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg indirect meegewogen bij de afbakening van markten. Ook kunnen positieve gevolgen van fusies op de kwaliteit van zorg – eventueel in samenhang met door fusiepartijen voorgestelde remedies - in het kader van een zogenaamd efficiëntieverweer worden meegewogen. Zolang een fusie er echter niet toe leidt dat de desbetreffende partijen de mededinging op significante wijze belemmeren, is er geen reden deze tegen te houden. De afdeling is er daarom niet van overtuigd dat het voorgestelde strengere toetsingskader een geschikte maatregel is om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te verbeteren. Niettemin beantwoordt de afdeling in het volgende deel de in het verzoek om voorlichting opgenomen vragen.

## D. De vragen

D1 In hoeverre is het bovenstaande voorstel vorm te geven binnen de kaders van het Europese recht en de daarvan afgeleide nationale regelgeving, in het bijzonder de regels omtrent het vrij verkeer van kapitaal dan wel de vrijheid van vestiging en artikel 21, lid 4, van de EG-Concentratieverordening?

Welke mogelijkheden ziet de afdeling om een beroep te doen op andere dwingende vereisten van algemene belang dan “de kwaliteit van zorg” om een tijdelijk strenger toetsingskader voor de NMa zoals hierboven beschreven te rechtvaardigen?

### 1. Inleiding

Onder C is onderzocht welke argumenten er zijn om een verbod van fusies tussen zorgverleners met een gemeenschappelijk marktaandeel van 35% of meer te verbieden. Op grond van dit onderzoek is de afdeling niet overtuigd van de geschiktheid van de voorgestelde maatregel om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te waarborgen. Niettemin wordt hieronder ingegaan op de vragen die in het verzoek om voorlichting zijn opgenomen.

Het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader richt zich op fusies in de zorg. De meeste van deze fusies zullen een nationale dimensie hebben. Het is echter niet uitgesloten dat het voorstel ook fusies raakt die een communautaire dimensie hebben. Om die reden is het van belang het voorstel te toetsen aan artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening. Voorts kan het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging vormen, indien bij een fusie tussen zorgverleners een buitenlandse zorginstelling betrokken is. Derhalve is het tevens van belang het voorstel te toetsen aan de desbetreffende EG-regels. Op beide aspecten wordt hierna ingegaan.

### 2. Artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening

De Europese Commissie is op grond van het *one stop shop* beginsel exclusief bevoegd om concentraties met een communautaire dimensie te beoordelen. De Europese Commissie toetst deze concentraties op effecten voor de mededinging. Zij volgt daarbij eenzelfde economische benadering als de NMa; dat wil zeggen dat wordt onderzocht of de fusie de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze kan belemmeren, met name omdat de fusie aanleiding geeft tot het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie.<sup>62</sup> Artikel 21, derde lid, van de EG-Concentratieverordening bepaalt dat lidstaten hun nationale mededingingswetgeving niet mogen toepassen op concentraties met een communautaire dimensie. Artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening maakt echter een uitzondering:

"Onverminderd de leden 2 en 3, kunnen de lidstaten passende maatregelen nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan die welke in deze verordening in

<sup>62</sup> Zie artikel 2, leden 2 en 3, van de EG-Concentratieverordening.

aanmerking zijn genomen en die met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het Gemeenschapsrecht verenigbaar zijn".

Als gewettigde belangen worden beschouwd de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de toezichtsregels. Elk ander gewettigd belang moet door de betrokken lidstaat aan de Europese Commissie worden meegedeeld en door haar worden erkend nadat zij de verenigbaarheid ervan met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het gemeenschapsrecht heeft onderzocht, alvorens passende maatregelen kunnen worden genomen.

De afdeling merkt op dat een groot aantal fusies tussen zorgverleners niet binnen de werkingssfeer van EG-Concentratieverordening zal vallen omdat deze fusies geen communautaire dimensie hebben. Voor fusies die wel een communautaire dimensie hebben, geldt dat het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in de zorg alleen dan in overeenstemming is met artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening indien het voorstel beschouwd kan worden als (i) een maatregel ter bescherming van andere gewettigde belangen dan die welke in de EG-Concentratieverordening in aanmerking zijn genomen en (ii) die met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het Gemeenschapsrecht verenigbaar is. Naar de verwachting van de afdeling zal het voorstel de toets aan de eerste voorwaarde doorstaan. Het voorstel beoogt de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg te verbeteren. Weliswaar worden deze doelstellingen niet expliciet genoemd in artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening als gewettigde belangen, maar de kans dat de Europese Commissie deze belangen wel als zodanig beschouwt is groot, gelet op het feit dat het voor de uitleg van het begrip 'gewettigde belangen' aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (HvJEG) inzake het vrije verkeer.

Wat de toets aan de tweede voorwaarde betreft voorziet de afdeling meer problemen. Lidstaten moeten het minst belemmerende alternatief kiezen bij het verwezenlijken van de belangen waarop ze een beroep doen.<sup>63</sup> Zoals de afdeling hierna onder D5 aangeeft, kunnen de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg naar haar oordeel deels worden gewaarborgd met reeds bestaande en deels met minder ingrijpende instrumenten. De afdeling adviseert hiermee rekening te houden.

### 3. *Vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van vestiging*

#### 3.1 *Geen gemeenschappelijke regels*

Voor een beoordeling van het voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg in het licht van het vrije verkeer, is allereerst van belang te constateren dat er geen gemeenschappelijke regels bestaan op het terrein van fusies in de zorg waarin het beoogde voorstel voor een strenger toetsingskader voorziet. Voor zover het gaat om de vrijheid van vestiging (en eventueel het vrije verkeer van diensten) zou de Dienstenrichtlijn van belang kunnen zijn, maar deze richtlijn zondert de zorgsector expliciet van haar werkingssfeer uit.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Zie bijvoorbeeld de Commissiebesluiting in zaak IV/M.1616 – Champalimaud, paragraaf 32 of de Commissiebesluiting in zaak IV/M.567 – Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water, paragraaf 8.

<sup>64</sup> Artikel 2 van de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt), Pb. 2006, L 376/36.



Ook het voorstel voor een richtlijn inzake patiëntenmobiliteit heeft geen betrekking op fusies tussen zorginstellingen en laat de definitie van de kwaliteit van de zorg over aan de lidstaten.<sup>65</sup> Dit betekent dat het strengere toetsingskader getoetst moet worden aan de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.

### 3.2 Het vrije verkeer van kapitaal

#### 3.2.1 De werkingssfeer van artikel 56 van het EG-Verdrag; het begrip 'kapitaalverkeer'

Het EG-verdrag bevat geen definitie van het begrip 'kapitaalverkeer'. Het HvJEG heeft in zijn jurisprudentie herhaaldelijk bepaald dat de nomenclatuur in de bijlage bij richtlijn 88/361/EEG inzake de toepassing van het inmiddels ingetrokken artikel 67 van het EG-Verdrag indicatieve waarde heeft.<sup>66</sup> Onder kapitaalverkeer moeten volgens het Hof dan ook vooral directe investeringen worden verstaan, dat wil zeggen "alle investeringen welke door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn, met het oog op de uitoefening van een economische activiteit".<sup>67</sup> Deze brede interpretatie van het begrip 'kapitaalverkeer' brengt mee dat het verwerven van eigendom in een onderneming, zoals een zorginstelling, onder het vrije verkeer van kapitaal valt. Het 'aandeelhouderschap' is niet van doorslaggevend belang, hetgeen betekent dat artikel 56 van het EG-Verdrag ook toepasselijk is op eigendomsverkrijging van andere ondernemingen dan vennootschappen, zoals stichtingen, en daar gaat het bij zorginstellingen vaak om.

Zoals onder 3.3 zal blijken, laat deze conclusie de toepassing van artikel 43 van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging onverlet.<sup>68</sup> Fusies tussen zorginstellingen kunnen tevens als vestiging in de zin van artikel 43 van het EG-Verdrag worden gekwalificeerd, omdat zij een duurzame wijziging van zeggenschap impliceren.<sup>69</sup> In sommige zaken van het Hof wordt zelfs aangenomen dat de verwerving van alle aandelen van een vennootschap met statutaire zetel in een lidstaat door een vennootschap met statutaire zetel in een andere lidstaat enkel onder de reikwijdte van artikel 43 van het EG-Verdrag valt, en niet onder artikel 56 van het EG-Verdrag.<sup>70</sup> Voor de toetsing van het voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg maakt een en ander nagenoeg geen verschil; het toetsingskader van artikel 43 van het EG-Verdrag is, met uitzondering van de kring van begunstigen en van de verdragsexcepties,<sup>71</sup> gelijk aan dat van artikel 56 van het EG-Verdrag.

<sup>65</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, COM(2008) 414.

<sup>66</sup> Richtlijn 88/361/EEG, Pb. 1988, L 178/5.

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-112/05, Commissie t. Duitsland, Jur. 2007, blz. I-8995, r.o. 18; zaak C-274/06, Commissie t. Spanje, Jur. 2008, blz. I-26, r.o. 18; zaak C-207/07, Commissie t. Spanje, n.n.g., r.o. 32.

<sup>68</sup> Zaak C-207/07, Commissie t. Spanje, n.n.g.

<sup>69</sup> Zie ook artikel 3 van de EG-Concentratieverordening.

<sup>70</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-208/00, Überseering, Jur. 2002, blz. I-9919.

<sup>71</sup> In tegenstelling tot de bepalingen van de vrijheid van vestiging zien de bepalingen van het vrije kapitaalverkeer ook op kapitaalbewegingen tussen lidstaten en *derde* landen. Zie voor het verschil in toetsingskader op het punt van de verdragsexcepties hetgeen hierna onder 3.3.3 wordt gesteld.

### 3.2.2 Het verbod van artikel 56 van het EG-Verdrag

Het verbod van artikel 56 van het EG-Verdrag verbiedt niet alleen discriminerende maatregelen, maar ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn. Een voorstel voor een strenger toetsingskader dat erop neerkomt dat een vergunning nodig is - en die slechts in uitzonderlijke omstandigheden wordt verleend, voor fusies die leiden tot een gezamenlijk marktaandeel van 35% of meer, waarbij er sprake moet zijn van aanzienlijke verifieerbare kwaliteitsverbeteringen, is in beginsel zonder onderscheid van toepassing op fusies tussen Nederlandse zorginstellingen en tussen Nederlandse zorginstellingen en instellingen uit andere lidstaten van de Europese Unie. De vraag is dus of dit toetsingskader beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal met zich meebrengt.

De afdeling is van oordeel dat dit het geval is. Ook al heeft het strengere toetsingskader geen rechtstreekse betrekking op de verwerving van eigendom in een zorginstelling, niettemin kan deze eis zorginstellingen uit andere lidstaten afschrikken om te investeren in Nederlandse instellingen. Immers bij marktaandelen van 35% of meer wordt in beginsel geen vergunning afgegeven, tenzij er sprake is van aanzienlijke kwaliteitsverbeteringen.

### 3.2.3 Rechtvaardigingsgronden

Gelet op de veronderstelde beperking van het vrije verkeer van kapitaal, is het van belang het voorstel zo vorm te geven dat deze beperking kan worden gerechtvaardigd in het licht van het gemeenschapsrecht. Daarbij wordt eerst gekeken naar de mogelijkheden die de verdragsexceptie van artikel 58 van het EG-Verdrag biedt. Vervolgens wordt ingegaan op de 'rule-of-reasonexceptie', oftewel de ongeschreven rechtvaardigingsgronden uit de jurisprudentie van het HvJEG. Tenslotte wordt artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag besproken, dat een specifieke uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang bevat.

#### *Artikel 58 van het EG-Verdrag*

In artikel 58, eerste lid, onder b, van het EG-Verdrag is bepaald dat beperkingen van het vrije kapitaalverkeer gerechtvaardigd kunnen zijn op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid. De bescherming van de volksgezondheid wordt niet genoemd in artikel 58, eerste lid, van het EG-Verdrag. Dit werpt de vraag op of de beschikbaarheid van een voldoende en kwalitatief hoogstaand aanbod van zorg voor de gehele bevolking in het belang van de openbare veiligheid kan zijn. Naar het de afdeling voorkomt, is het niet aannemelijk dat een voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg dat tot doel heeft verbeteringen van de bereikbaarheid en de kwaliteit van de zorg te realiseren, onder artikel 58 van het EG-Verdrag valt. Uit de jurisprudentie van het HvJEG inzake de begrippen openbare orde en veiligheid bij goederen, personen en diensten volgt dat een beroep op deze bepaling alleen succes heeft indien sprake is van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast<sup>72</sup>. De huidige situatie in de Nederlandse zorgsector is naar de opvatting van de afdeling niet als zodanig te kwalificeren.

<sup>72</sup> Zie onder meer zaak C-54/99, Eglise de scientologie, Jur. 2000, blz. I-1335; zaak C-367/98, Commissie t. Portugal, Jur. 2002, blz. I-4731; zaak C-207/07, Commissie t. Spanje, n.n.g.

### *De 'rule-of-reasonexceptie'*

Inmiddels is in het kader van het vrije kapitaalverkeer een aantal dwingende eisen van algemeen belang door het Hof erkend, zoals de zekerheid en doorzichtigheid van het hypothecaire stelsel en de ruimtelijke ordening en toerisme.<sup>73</sup> De bereikbaarheid en kwaliteit van de zorg zijn nog niet door het Hof erkend als dwingende eisen van algemeen belang. Naar het oordeel van de afdeling kunnen deze belangen echter wel als dwingende eisen van algemeen belang gezien worden. Ten eerste heeft het HvJEG zich in een aantal zaken uitgelaten over de eis van voorafgaande toestemming voor een medische behandeling in een andere lidstaat. Uit deze jurisprudentie volgt dat een beperking van het vrije verkeer van medische diensten eventueel gerechtvaardigd kan worden met een beroep op artikel 46 van het EG-Verdrag (voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen in stand te houden en een bepaalde verzorgingscapaciteit en deskundigheid te handhaven) en de 'rule of reason' (voorkoming van ernstige aantastingen van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel – planning van zorg).<sup>74</sup> Voorts wordt het belang van de volksgezondheid en een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid zowel in het EG-verdrag (artikel 152 van het EG-Verdrag) als in de jurisprudentie van het HvJEG onderstreept. Tot slot heeft het HvJEG in de De Peijper-zaak gesteld dat onder de in artikel 30 EG "beschermde goederen of belangen de gezondheid en het leven van personen de eerste plaats innemen en dat het aan de lidstaten staat om binnen de door het verdrag gestelde grenzen te beslissen over de mate waarin zij de bescherming daarvan willen waarborgen [...]".<sup>75</sup> Maatregelen ter bescherming van de gezondheid en het leven van personen hebben dus een zekere mate van prioriteit ten opzichte van andere maatregelen.

#### 3.2.4 Het proportionaliteitsvereiste

Een beroep op een verdrags- of een rule-of-reasonexceptie heeft alleen kans van slagen indien voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Dat wil zeggen dat de nationale maatregel noodzakelijk en geschikt moet zijn ter verwezenlijking van de doelstelling en de lidstaat moet niet de beschikking hebben over een minder belemmerend alternatief.<sup>76</sup> Naar het de afdeling voorkomt, voldoet het voorstel voor een strengere toetsingskader voor fusies in de zorg niet zonder meer aan dit vereiste.

Zoals de afdeling onder C heeft opgemerkt, is zij niet overtuigd van de noodzaak en geschiktheid van het voorstel om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te realiseren. Ten eerste is vooralsnog geen eenduidig verband aangetoond tussen schaalgrootte van aangeboden zorg en de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg. Ten tweede is er vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen reden om een algemeen verbod in te stellen op fusies die resulteren in een gezamenlijk marktaandeel van 35% of meer. Niettemin meent de afdeling dat indien ter onderbouwing van het voorstel meer

<sup>73</sup> Zaak C-222/97, Trummer, Jur. 1999, blz. 11661; zaak C-302/97, Konle, Jur. 1999, blz. 13099; zaak C-452/01, Ospelt, Jur. 2003, blz. 119743 en zaak C-370/05, Festersen, Jur. 2007, blz. 11129.

<sup>74</sup> Zaak C-372/04, Watts, Jur. 2006, blz. 14325; zaak C-385/99, Müller-Fauré, Jur. 2003, blz. 14509; zaak C-169/07, Hartlauer, n.n.g.

<sup>75</sup> Zaak 104/75, De Peijper, Jur. 1976, blz. 613, r.o. 15. De uitspraak van het HvJEG in de zaak De Peijper is onder meer bevestigd in de uitspraak van het HvJEG in zaak C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Jur. 2003, blz. 114887, r.o. 103 en zaak C-141/07, Commissie tegen Duitsland, n.n.g., r.o. 46.

<sup>76</sup> Om een nationale maatregel geschikt te kunnen verklaren voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, eist het HvJEG dat de verwezenlijking van die doelstelling coherent en systematisch wordt nagestreefd en dat de maatregel de beoordelingsvrijheid van de nationale lidstaten ter zake afdoende begrenst; zie zaak C-169/07, Hartlauer, n.n.g., r.o. 54-71.

argumenten en empirische gegevens kunnen worden gevonden, het voorstel de toets op noodzaak en geschiktheid mogelijk kan doorstaan. Het Hof zal terughoudend hierop toetsen, mede gelet op artikel 152, lid 5, van het EG-Verdrag dat de Gemeenschap opdraagt de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig te eerbiedigen.<sup>77</sup>

Minder vanzelfsprekend is echter dat het voorstel ook de proportionaliteitstoets zal doorstaan.<sup>78</sup> Zoals de afdeling hierna onder D5 aangeeft, kunnen de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg naar haar oordeel worden gewaarborgd met bestaande en minder ingrijpende instrumenten, zoals kwaliteitsvoorschriften en bereikbaarheidsnormen.<sup>79</sup> De afdeling ziet met andere woorden minder belemmerende alternatieven. Zij adviseert hiermee rekening te houden.

### 3.2.5 Artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag

Artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag, is een exceptie die kan worden ingeroepen ten aanzien van ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB). Om met succes een beroep op deze exceptie te kunnen doen, moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. In het navolgende wordt kort op deze voorwaarden ingegaan.

#### *Zorginstellingen als ondernemingen belast met een DAEB?*

In de eerste plaats moet een zorginstelling beschouwd kunnen worden als een onderneming die door de lidstaat belast is met een DAEB. Aangezien de Nederlandse wetgever zorginstellingen niet expliciet heeft belast met een DAEB rijst de vraag of een beroep op artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag wel kans van slagen heeft. Uit recente ontwikkelingen in de jurisprudentie blijkt dat de lidstaten over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikken met betrekking tot de omschrijving van diensten van algemeen economisch belang en dat de Europese Commissie de omschrijving van deze diensten door de lidstaat slechts in geval van een kennelijke beoordelingsfout ter discussie kan stellen.<sup>80</sup> Voldoende is dat uit een samenspel van regels blijkt dat openbardienstverplichtingen zijn opgelegd aan ondernemingen om de betreffende ondernemingen als ondernemingen met DAEB te beschouwen. Aangezien de regulering van de zorg in Nederland nog een tamelijk onsamenhangend en ontransparant beeld laat zien, is het voor een succesvol beroep op artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag van groot belang nader te bepalen of uit het samenspel van regels zorginstellingen inderdaad als ondernemingen belast met DAEB kunnen worden beschouwd.

#### *Het proportionaliteitsvereiste*

Artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag is alleen van toepassing indien voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. In dit verband moet worden opgemerkt dat het

<sup>77</sup> Artikel 152, vijfde lid, van het EG-Verdrag luidt: "Bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid worden de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig geëerbiedigd. [...]". Zie voorts onder meer zaak C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Jur. 2003, blz. I-14887, r.o. 103; zaak C-170/04, Rosengren, Jur. 2007, blz. I-4071, r.o. 39; zaak C-141/07, Commissie tegen Duitsland, n.n.g., r.o. 46 en 51.

<sup>78</sup> Van de Gronden en Stergiou, blz. 158.

<sup>79</sup> Zie in die zin ook zaak C-444/05, Stamatelaki, Jur. 2007, blz. I-3185, r.o. 34-38.

<sup>80</sup> Zaak T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), Jur. 2005, blz. II-741, r.o. 166.

HvJEG bij de toepassing van artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag in de sfeer van het mededingingsrecht in het Corbeau-arrest aan het proportionaliteitsbeginsel de volgende interpretatie heeft gegeven.<sup>81</sup> Bezien moet worden in hoeverre de beperking van de mededinging noodzakelijk is om de onderneming in staat te stellen zijn taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen. Wanneer aangetoond kan worden dat de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer van kapitaal (en de vrijheid van vestiging) het aanbieden van een DAEB onder economisch aanvaardbare omstandigheden door zorginstellingen belet, is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. De proportionaliteitstoets bij een beroep op artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag lijkt daarmee een minder zware hobbel te vormen dan bij een beroep op de 'rule-of-reasonexceptie'.<sup>82</sup>

### 3.3 De vrijheid van vestiging

Naast het vrije verkeer van kapitaal is voor de beoordeling van het voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg ook de vrijheid van vestiging van belang (artikel 43 van het EG-Verdrag). Aangezien de wijze waarop artikel 43 van het EG-Verdrag en de excepties bij het verbod van artikel 43 van het EG-Verdrag door het HvJEG worden geïnterpreteerd vergelijkbaar is met de wijze waarop dat gebeurt bij de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal, staat de afdeling in het navolgende slechts kort stil bij een aantal aspecten van de vrijheid van vestiging.

#### 3.3.1 De werkingssfeer van artikel 43 EG; het begrip 'vestiging'

Bij vestiging gaat het om economische activiteiten die anders dan in loondienst worden uitgeoefend en die een duurzaam karakter hebben.<sup>83</sup> Fusies tussen zorginstellingen kunnen als vestiging in de zin van artikel 43 van het EG-Verdrag worden gekwalificeerd, omdat zij een duurzame wijziging van zeggenschap impliceren. Zoals in het navolgende blijkt, is het toetsingskader van artikel 43 van het EG-Verdrag, met uitzondering van de excepties, gelijk aan dat van artikel 56 van het EG-Verdrag.

#### 3.3.2 Het verbod van artikel 43 van het EG-Verdrag

Artikel 43 van het EG-Verdrag verbiedt zowel met- als zonder onderscheid maatregelen.<sup>84</sup> Om die reden geldt hetgeen hierboven is gesteld voor artikel 56 van het EG-Verdrag ook voor artikel 43 van het EG-Verdrag: een voorafgaande eis van toestemming voor deelneming in een andere onderneming wordt als een belemmering van de vrijheid van vestiging beschouwd.<sup>85</sup> Dit betekent dat het strengere toetsingskader voor fusies tussen zorginstellingen als een belemmering in de zin van artikel 43 van het EG-Verdrag kan worden beschouwd.

<sup>81</sup> Zaak C-320/91, Corbeau, Jur. 1993, blz. I-2533.

<sup>82</sup> Zie de verwijzingsuitspraak van de ABRvS van 19 december 2007, 200604981 ([www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)); voor de prejudiciële vragen: Minister voor Wonen, Wijken en Integratie v. Woningstichting Sint Servatius, Pb. 2008, C 64/24.

<sup>83</sup> Zaak C-55/94, Gebhard, Jur. 1995, blz. I-4165, r.o. 25.

<sup>84</sup> Zaak C-55/94, Gebhard, Jur. 1995, blz. I-4165, r.o. 37.

<sup>85</sup> Vergelijk zaak C-207/07, Commissie tegen Spanje, n.n.g.; zaak C-169/07, Hartlauer, n.n.g.

### 3.3.3 Rechtvaardigingsgronden

Hetgeen hierboven reeds is opgemerkt ten aanzien van het vrije verkeer van kapitaal en de mogelijke rechtvaardigingsgronden voor beperkingen hiervan, is ook hier van belang. Artikel 43 van het EG-Verdrag kent zowel verdragsexcepties (artikelen 45 en 46 van het EG-Verdrag) als 'rule-of-reasonexcepties'. Artikel 46 van het EG-Verdrag bevat in tegenstelling tot artikel 58 van het EG-Verdrag echter een expliciete verwijzing naar volksgezondheid als rechtvaardiging voor een uitzondering op het verbod van artikel 43 van het EG-Verdrag. De kwaliteit en bereikbaarheid van de zorg is een belang dat, blijkens de eerder genoemde jurisprudentie, hieronder geschaard kan worden. Daarnaast is reeds jurisprudentie voorhanden over de mogelijke toepassing van artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag bij een inbreuk op artikel 43 van het EG-Verdrag, maar zijn de voorwaarden voor een beroep op deze bepaling nog niet voldoende uitgekristalliseerd. De opmerkingen die hierboven gemaakt zijn over de toepassing van artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag bij een inbreuk op artikel 56 van het EG-Verdrag door het strengere toetsingskader voor zorgfusies zijn dus ook relevant in het kader van de vrijheid van vestiging.

## 4. Conclusie

De afdeling merkt op dat een groot aantal fusies tussen zorgverleners niet binnen de werkingssfeer van de EG-Concentratieverordening zal vallen omdat deze fusies geen communautaire dimensie zullen hebben. Voor fusies die wel een communautaire dimensie hebben, geldt dat het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in overeenstemming moet zijn met *artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening*. Naar het afdeling voorkomt, zal het geen gemakkelijke opgave zijn om deze overeenstemming aan te tonen. Het voorstel voor een strenger mededingingsrechtelijk toetsingskader voor fusies in de zorg strekt ertoe de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te verbeteren. Weliswaar zal het voorstel waarschijnlijk gezien kunnen worden als een maatregel ter bescherming van andere gewettigde belangen als bedoeld in artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening, maar of het voorstel ook de proportionaliteitstoets doorstaat, is gelet op hetgeen hierna onder D5 over mogelijke alternatieven wordt opgemerkt niet zonder meer zeker. De afdeling adviseert hiermee rekening te houden. Tevens attendeert zij de minister van VWS erop dat het voorstel ingevolge artikel 21, vierde lid, van de EG-Concentratieverordening aangemeld moet worden bij de Europese Commissie.

Het voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader voor fusies in de zorg is een maatregel die gelet op het belang van de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg een gerechtvaardigde beperking zou kunnen vormen van het *vrije verkeer van kapitaal* en de *vrijheid van vestiging*. Het is daarbij wel van belang dat de noodzaak en geschiktheid van deze maatregel ten behoeve van de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg goed worden gemotiveerd en dat wordt aangegeven dat er geen minder belemmerende alternatieven bestaan. Dit laatste is naar het oordeel van de afdeling, gelet op hetgeen zij hierna onder D5 over mogelijke alternatieven opmerkt, niet eenvoudig aan te tonen.

Andere dwingende vereisten van algemeen belang dan de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg waarop eventueel een beroep zou kunnen worden gedaan om een voorstel voor een tijdelijk strenger toetsingskader te rechtvaardigen in het kader van het vrije

verkeer, zijn de bescherming van de volksgezondheid en de dienst van algemeen economisch belang. Voordeel van een beroep op de laatstgenoemde exceptie is dat, mits sprake is van belasting met een dienst van algemeen economisch belang, een voorstel voor een strenger toetsingskader voor fusies in de zorg minder snel als een disproportionele maatregel zal worden gekwalificeerd.

Een beroep op de noodzaak van planning van zorg ter voorkoming van eventuele leemten in de toegang tot gezondheidszorg acht de afdeling minder kansrijk, gelet op het feit dat onder invoering van de Zvw, de Wmg en de WTZi de planning in het Nederlandse zorgstelsel juist afneemt en het feit dat minder belemmerende alternatieven voorhanden zijn om de continuïteit van zorg te garanderen (zie onder D5).<sup>86</sup>

D2 Hoe beoordeelt de afdeling de mogelijke samenhang met de toepassing van het aanmerkelijkemarktmachtinstrumentarium op basis van de Wmg door de NZa?

1. *De aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa*

De NZa is ingevolge de Wmg belast met het markttoezicht, de marktontwikkeling en de tarief- en prijsregulering in de gezondheidszorg. Ter uitoefening van die taak beschikt de NZa over de bevoegdheid tot het opleggen van gedragsverplichtingen aan zorgverleners en zorgverzekeraars met aanmerkelijke marktmacht.

Onder aanmerkelijke marktmacht wordt in de Wmg verstaan: de positie van een of meer zorgverleners of ziektekostenverzekeraars om alleen dan wel gezamenlijk de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie of een deel daarvan te kunnen belemmeren door zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van (i) hun concurrenten; (ii) ziektekostenverzekeraars, indien het zorgverleners betreft; (iii) zorgverleners, indien het ziektekostenverzekeraars betreft; of (iv) consumenten.<sup>87</sup>

Indien de NZa van oordeel is dat een of meer zorgverleners of ziektekostenverzekeraars alleen dan wel gezamenlijk beschikken over aanmerkelijke marktmacht op een door de NZa volgens de beginselen van het algemene mededingingsrecht afgebakende markt, kan de zorgautoriteit die zorgverlener(s) of zorgverzekeraar(s) een of meer verplichtingen opleggen. De op te leggen verplichtingen kunnen onder meer zien op het bekend maken van bepaalde informatie, het gelijk behandelen van afnemers, het leveren van diensten los van andere diensten; het voeren van een gescheiden boekhouding, het accepteren van elk redelijk verzoek tot het aangaan van een overeenkomst, het doen van een openbaar aanbod, het gebruiken van een bepaalde berekeningsmethode voor het vaststellen van tarieven, het hanteren van een bepaald kostentoe rekeningsysteem.<sup>88</sup>

In grote lijnen is de werkwijze van de NZa als volgt. De NZa gaat eerst over tot een *risicoanalyse* om te bepalen of er een probleem is op de markt dat een ingrijpen door middel van de specifieke instrumenten van de NZa zou kunnen rechtvaardigen. Vervolgens gaat de NZa over tot een formele *marktafbakening* en wordt bepaald of op die relevante markt een partij, eventueel samen met andere partijen, beschikt over

<sup>86</sup> Zie Van de Gronden en Stergiou, blz. 157. Zie voorts zaak C-169/07, Hartlauer, n.n.g., r.o. 50-70.

<sup>87</sup> Artikel 47 van de Wmg.

<sup>88</sup> Artikel 48 van de Wmg.

*aanmerkelijke marktmacht*. De belangrijkste factoren die daarbij een rol spelen zijn het marktaandeel van de betreffende partij, compenserende marktmacht van andere partijen, de aanwezigheid van toetredingsdrempels en overstapdrempels. Met betrekking tot het criterium van marktaandeel wordt de marktpartij bij een marktaandeel van 55% of meer geacht marktmacht te hebben. Is er sprake van een marktaandeel tussen de 40% en 55% dan is er waarschijnlijk sprake van aanmerkelijke marktmacht. Is het marktaandeel lager dan 25%, dan wordt het uiterst onwaarschijnlijk geacht dat een marktpartij aanmerkelijke marktmacht heeft. Het percentage van 35% dat in het voorgestelde strengere toezichtskader van de NMa een rol speelt, heeft derhalve voor de NZa geen directe betekenis. Als wordt vastgesteld dat er sprake is van aanmerkelijke marktmacht, dan kunnen *passende verplichtingen* worden opgelegd aan de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdhouder. Hoewel niet noodzakelijk voor het gebruik van de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid wordt door de NZa bekeken of er sprake is van *beperkingen van de mededinging*. Deze vaststelling speelt vooral een rol om de proportionaliteit van het gebruik van de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid vast te stellen.

## 2. *De borging van publieke belangen door middel van de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid*

Artikel 3, vierde lid, van de Wmg bepaalt dat de NZa bij de uitoefening van haar taken het algemene consumentenbelang voorop stelt. Het gaat hier om het belang van zowel de patiënt als de (potentiële) verzekerde of verzekeringsplichtige.<sup>89</sup> De NZa beschouwt het consumentenbelang dus als einddoel van de daadwerkelijke mededinging: "Vanzelfsprekend is daadwerkelijke mededinging geen doel op zich maar een middel dat dient tot effectieve bevordering van het consumentenbelang in de vorm van het verzekeren van de toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid."<sup>90</sup>

De NZa heeft vorengenoemd doel voor de uitoefening van haar bevoegdheden willen concretiseren door niet alleen te kijken naar de effecten op de mededinging, maar nadrukkelijk ook naar de maatschappelijke gevolgen van (de risico's van) gedrag van partijen die beschikken over aanmerkelijke marktmacht. Deze maatschappelijke gevolgen worden, aldus de NZa, vertaald als gevolgen voor toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid.<sup>91</sup>

Niettemin is de NZa gehouden aan de reikwijdte van haar bevoegdheden, zo blijkt ook uit de toelichting op de beleidsregel inzake aanmerkelijke marktmacht in de zorg: "De NZa kan haar bevoegdheden inzetten om belemmeringen in de marktstructuur of in het gedrag van partijen op de markt weg te nemen. Zo scheidt de NZa de voorwaarden die de markt prikkelen om te komen tot een goede prijs-kwaliteitverhouding, bijvoorbeeld door het creëren van transparantie. De NZa faciliteert marktcondities die uiteindelijk ten goede moeten komen aan de kwaliteit van zorg voor de consument, maar de NZa gaat niet over de kwaliteit van zorg zelf. De NZa heeft geen bevoegdheden om in een individueel geval in te grijpen in de geleverde kwaliteit. Zo kent artikel 48 Wmg geen verplichtingen die de NZa zou kunnen opleggen aan een partij met aanmerkelijke marktmacht die bij gebrek aan concurrentie te weinig prikkels heeft om een dienst of

<sup>89</sup> Artikel 1, onder i, van de Wmg.

<sup>90</sup> Consultatiedocument Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorgsector, NZa, 11 december 2006, blz. 21.

<sup>91</sup> Consultatiedocument Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorgsector, NZa, 11 december 2006, blz. 23.



product van voldoende kwaliteit te leveren."<sup>92</sup> Mogelijk kunnen publieke belangen als toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid wel een rol spelen om de proportionaliteit te beoordelen van op basis van de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid te nemen maatregelen.<sup>93</sup>

Kort gezegd is (ook) de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa alleen gericht op het stimuleren van marktwerking. De in de toelichting bij de Wmg genoemde belangen van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid worden, voor zover het de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid betreft, slechts door marktwerking geborgd. Bij de concrete bevoegdheiduitoefening spelen zij hooguit indirect een rol voor zover zij relevant zijn in een afweging van economische belangen.<sup>94</sup>

### 3. *Relatie met de bevoegdheden van de NMa*

De NMa is belast met de uitvoering en handhaving van de Mw.<sup>95</sup> Dit behelst onder andere de handhaving van het verbod op kartelvorming (artikel 6 van de Mw), het verbod op misbruik van economische machtsposities (artikel 24 van de Mw) en het toezicht op concentraties (hoofdstuk 5 van de Mw).

De aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa op het terrein van de gezondheidszorg sluit aan bij dit algemene mededingingstoezicht van de NMa. De uitleg van het begrip 'aanmerkelijke marktmacht' komt sterk overeen met het begrip 'economische machtspositie', zoals dat in artikel 1, onder i, van de Mw is opgenomen.<sup>96</sup> Voorts geldt dat het afwegingskader van de NZa voor de beoordeling of een partij aanmerkelijke marktmacht heeft, is gebaseerd op de toepassingspraktijk (jurisprudentie en beschikkingen) uit het algemene (Europese) mededingingsrecht inzake het vaststellen van een economische machtspositie.<sup>97</sup>

De aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa met betrekking tot zorgverleners en zorgverzekeraars is aanvullend op de bevoegdheden van de NMa tot handhaving van het verbod van misbruik van economische machtsposities en van het toezicht op concentraties.

De NZa behoeft - in tegenstelling tot de NMa bij de handhaving van het verbod op misbruik van economische machtsposities - geen misbruik van aanmerkelijke marktmacht te constateren, alvorens van haar bevoegdheid tot het opleggen van gedragsverplichtingen gebruik te kunnen maken. Omdat de zorgmarkten nog in ontwikkeling zijn naar volledige marktwerking is ervoor gekozen de NZa een bevoegdheid toe te kennen die preventief kan worden toegepast. Indien uit de marktanalyse blijkt dat op een deelmarkt daadwerkelijke concurrentie niet tot stand komt en dat dit veroorzaakt wordt door het feit dat een of meer partijen aanmerkelijke marktmacht hebben, kan de NZa ingrijpen, ook zonder dat misbruik wordt aangetoond.<sup>98</sup>

<sup>92</sup> Toelichting op de beleidsregel aanmerkelijke marktmacht in de zorg, NZa, oktober 2008, blz. 10.

<sup>93</sup> Toelichting op de beleidsregel aanmerkelijke marktmacht in de zorg, NZa, oktober 2008, blz. 24.

<sup>94</sup> Van de Gronden en Stergiou, blz. 180.

<sup>95</sup> Artikel 5 van de Mw.

<sup>96</sup> Artikel 1, onderdeel i, van de Mw.

<sup>97</sup> Kamerstukken II 2004/05, 30 186, nr. 3, blz. 21.

<sup>98</sup> Kamerstukken II 2004/05, 30 186, nr. 3, blz. 21.

De aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa heeft met het concentratietoezicht van de NMa gemeen dat wordt beoogd te voorkómen dat marktmacht leidt tot concurrentiebelemmeringen. Het verschil tussen aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa en de bevoegdheid van de NMa met betrekking tot het toezicht op concentraties is dat het concentratietoezicht van de NMa er hoofdzakelijk op gericht is om te voorkomen dat aanmerkelijke marktmacht ontstaat of kan worden uitgebreid als gevolg van een concentratie, terwijl de NZa enkel van haar bevoegdheid gebruik kan maken in het geval dat een of meer partijen reeds over aanmerkelijke marktmacht beschikt. De maatregelen van de NZa zien op beïnvloeding van het gedrag van de partijen die over aanmerkelijke marktmacht beschikken, terwijl de NMa voor zover zij voorwaarden en voorschriften (remedies) aan toegestane concentraties verbindt zich primair richt op structurele veranderingen op de markt, zoals afstoting van bedrijfsonderdelen. Belangrijke toegevoegde waarde van de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid ten opzichte van het concentratietoezicht van de NMa is bovendien dat ten behoeve van het behoud van de vrije mededinging gedragsverplichtingen kunnen worden opgelegd aan ondernemingen, waarvan de marktmacht niet het resultaat is van een fusie. Marktmacht die het gevolg is van normale groei van een onderneming wordt immers niet door concentratietoezicht voorkomen.

4. *Het voorgestelde strengere mededingingsrechtelijke toetsingskader voor fusies in de zorg in relatie tot de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa*

Het door de minister van VWS voorgestelde strengere toetsingskader voor fusies in de zorg heeft tot gevolg dat geen vergunning zal worden verleend voor concentraties van zorgverleners die leiden tot een marktaandeel van 35% of meer. Zoals eerder aangegeven wijkt deze regel af van de bestaande economische benadering van concentraties, omdat bij een marktaandeel van 35% of meer op zichzelf nog geen sprake hoeft te zijn van een significante belemmering van de mededinging. De NZa is bij de uitoefening van haar aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid wel gebonden aan de bestaande economische benadering van concentraties waarbij een marktaandeel van 35% of meer nog niet bepalend is voor economische efficiëntie van de markt. Hierdoor gaat als gevolg van het voorgenomen strengere toetsingskader voor fusies in de zorg het hoofdcriterium van de beoordeling van concentraties door de NMa uiteenlopen met het criterium inzake het uitoefenen van de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa.

Belangrijker is de vraag waarom het juist in de zorg noodzakelijk wordt geacht de mededinging beter te waarborgen aan de hand van een dergelijk strenger toetsingskader gehanteerd door de algemene mededingingstoezichthouder (de NMa), nu er op dit terrein - in tegenstelling tot andere beleidsterreinen – ook al een specifieke markttoezichthouder (de NZa) is, die beschikt over een bijzondere bevoegdheid (de aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid) om daar waar een of meer partijen marktmacht hebben de mededinging te versterken. Men zou verwachten dat daar waar een dergelijke bijzondere bevoegdheid wordt gehanteerd de behoefte aan het voorkomen van marktmacht minder wordt gevoeld.

## 5. Conclusie

De aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid van de NZa met betrekking tot zorgverleners en zorgverzekeraars is aanvullend op het algemene mededingingstoezicht van de NMa. Waar het concentratietoezicht van de NMa primair is bedoeld om het ontstaan van marktmacht als gevolg van concentraties te voorkomen, daar kan de NZa door gebruikmaking van haar aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheid negatieve effecten van marktmacht bestrijden. De marktmacht hoeft daarbij niet het gevolg te zijn van een fusie. Deze bevoegdheid is derhalve van belangrijke toegevoegde waarde om de effectieve mededinging in de zorg te garanderen. Gelet op deze bevoegdheid is het de afdeling niet duidelijk waarom het noodzakelijk zou zijn de mededinging in de zorgsector te waarborgen aan de hand van een door de NMa te hanteren strenger toetsingskader inzake concentraties. De zorgsector kent reeds een specifieke markttoezichthouder, die beschikt over een bijzondere bevoegdheid om negatieve effecten van marktmacht te bestrijden. Men zou verwachten dat in een sector waar een dergelijke bijzondere bevoegdheid reeds bestaat, de behoefte aan het voorkomen van marktmacht via een strenger concentratietoezicht minder wordt gevoeld.

D3 Welke mogelijkheden ziet de afdeling om de rol van de NZa en de IGZ te versterken in aanvulling op hun huidige betrokkenheid ten aanzien van het fusietoezicht van de NMa?

### 1. Inleiding

Om een antwoord te geven op de vraag welke mogelijkheden er zijn om de rol van de NZa en de IGZ te versterken in aanvulling op hun huidige betrokkenheid ten aanzien van het concentratietoezicht van de NMa, dient allereerst deze huidige betrokkenheid te worden bekeken. Vervolgens kan mede gelet op hetgeen hiervoor over het concentratietoezicht is opgemerkt, worden geanalyseerd welke verbetermogelijkheden wenselijk zijn.

### 2. Drie toezichthouders, drie taken

Hiervoor is aangegeven dat de NMa belast is met de uitvoering en handhaving van de Mw.<sup>99</sup> Dit behelst onder andere de handhaving van het verbod op kartelvorming, het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie en het preventieve toezicht op concentraties. De NZa is onder meer belast met het (preventieve) markttoezicht, de marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering op het terrein van de gezondheidszorg.<sup>100</sup> De IGZ is belast met de handhaving van de kwaliteit van zorg. Op basis van de Kwz behelst deze taak de handhaving van de verplichting van de zorgverlener om verantwoorde zorg aan te bieden. Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt.<sup>101</sup> Tevens is de IGZ belast met het toezicht op de naleving van de verplichtingen van de Wet BIG. Het betreft onder meer het toezicht op de naleving van

---

<sup>99</sup> Artikel 5 van de Mw.

<sup>100</sup> Artikel 16 van de Wmg.

<sup>101</sup> Artikel 2 van de Kwz.

de voorschriften die ten aanzien van de kwaliteit van de beroepsuitoefening worden gesteld.<sup>102</sup>

### 3. Verhouding tussen de toezichthouders

#### 3.1 Verhouding NMa en NZa

Zowel de bevoegdheden van de NMa als die van de NZa hebben betrekking op het waarborgen van voldoende mededinging op de zorgmarkten. Voor zover er overlap van bevoegdheden van de NMa en de NZa plaatsvindt, voorziet de Wmg in voorrangregels ten behoeve van de NZa. De NZa en de NMa bevorderen dat belanghebbenden zich bij aangelegenheden waarbij mogelijk sprake is van samenloop van bevoegdheden, eerst wenden tot de zorgautoriteit.<sup>103</sup> De NZa past bij mogelijke samenloop van bevoegdheden voor zover mogelijk eerst de bevoegdheden toe die zij op grond van de Wmg heeft, alvorens de NMa de haar ten dienste staande bevoegdheden op grond van de Mw toepast.<sup>104</sup> Daarbij moet worden aangetekend dat deze voorrang van de NZa enkel betrekking heeft op situaties waarin de NMa uitvoering geeft aan bevoegdheden krachtens nationaal recht. Wanneer de NMa EG-mededingingsrecht (artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag) uitvoert overeenkomstig Verordening 1/2003, is zij niet gehouden aan de voorrangregel.<sup>105</sup> Voorts is afwijking van de voorrangregel mogelijk, indien de NMa en de NZa in gezamenlijk overleg tot het oordeel komen dat een aangelegenheid op basis van effectiviteit, efficiëntie of andere overwegingen beter door de NMa of door de NMa en de NZa gezamenlijk kan worden behandeld.<sup>106</sup>

Om elkaar niet in de wielen te rijden - en mede gelet op daartoe strekkende wettelijke voorschriften<sup>107</sup> - zijn de NMa en de NZa een samenwerkingsprotocol overeengekomen.<sup>108</sup> Dit protocol bevat onder meer de afspraak dat de NMa de NZa in geval van bij de NMa gemelde concentraties in de zorgsector zal vragen of de NZa een zienswijze wenst af te geven. Deze zienswijze wordt door de NMa in de beoordeling van de concentratie betrokken. In de richtsnoeren voor de zorgsector wordt hierover aangegeven dat de NMa de NZa zowel in de meldings- als in de vergunningsfase zal vragen of zij een zienswijze wil geven over de gemelde concentratie. De NZa onderzoekt of als gevolg van de concentratie nadelige gevolgen voor de publieke belangen ontstaan, zoals de betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. De NZa houdt bij het geven van haar zienswijze rekening met eventuele opmerkingen van de IGZ.<sup>109</sup> Indien er verschillende inzichten bestaan, zal de NMa een eventuele afwijking van de zienswijze in haar besluit gemotiveerd aangeven.<sup>110</sup>

<sup>102</sup> Artikel 40 van de Wet BIG.

<sup>103</sup> Artikel 18, eerste lid, van de Wmg.

<sup>104</sup> Artikel 18, derde lid, van de Wmg.

<sup>105</sup> Van de Gronden en Stergiou, blz. 181.

<sup>106</sup> Artikel 18, vijfde lid, van de Wmg.

<sup>107</sup> Artikelen 17 en 18, vijfde lid, van de Wmg.

<sup>108</sup> Protocol tussen de NMa en de NZa over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang.

<sup>109</sup> Zie zaak 6424/Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuizen, randnrs. 50-53.

<sup>110</sup> Richtsnoeren voor de zorgsector (2007).

### 3.2 Verhouding NZa en IGZ

De NZa moet in voorkomende gevallen een oordeel vormen over de verhouding tussen prijs en kwaliteit van zorg. Zoals uit de memorie van toelichting bij de Wmg blijkt, is het echter niet wenselijk dat naast de IGZ een tweede instantie de zorgverleners belast met onderzoek naar de kwaliteit van hun dienstverlening.<sup>111</sup> De NZa volgt daarom overeenkomstig de Wmg het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van zorg.<sup>112</sup>

De NZa en de IGZ hebben met betrekking tot hun onderlinge samenwerking een protocol gesloten.<sup>113</sup> Daarin is vastgelegd dat de IGZ primair verantwoordelijk is voor de uitvraag van kwaliteitsinformatie bij zorgverleners. De IGZ draagt er zorg voor dat de informatie die zij opvraagt bij zorgverleners, indien mogelijk, op een voor de NZa voor de uitoefening van de wettelijke taken bruikbare wijze wordt uitgevraagd.

### 3.3 Verhouding NMa en IGZ

Er bestaat geen samenwerkingsprotocol tussen de NMa en de IGZ waarin de rol van de IGZ bij het concentratietoezicht is vormgegeven. Zoals eerder is aangegeven, kunnen in het concentratietoezicht aspecten van kwaliteit van zorg slechts een rol spelen voor zover die aspecten overeenstemmen met de economische belangen die in het concentratietoezicht aan de orde komen. Een beoordeling van de kwaliteit van zorg, zoals uitgevoerd door de IGZ in het kader van het toezicht, is daarbij doorgaans nauwelijks relevant. Alleen in het kader van de afweging van de mogelijke efficiëntieverbeteringen tegen de negatieve effecten op de mededinging die uit een fusie voortvloeien, kan de beoordeling van de IGZ een rol spelen. De NMa heeft aangegeven dat het bij deze beoordeling de expertise van de IGZ kan inroepen.<sup>114</sup>

## 4. *Hoe kunnen de rollen van de NZa en de IGZ worden versterkt?*

### 4.1 Versterking van de rol van de NZa

De NZa wordt thans door de NMa bij het concentratietoezicht betrokken via het afgeven van zienswijzen. De NMa is niet gehouden een gevolg te verbinden aan deze zienswijzen. Zij kan gemotiveerd afwijken van het oordeel van de NZa.

Het lijkt niet per se noodzakelijk wettelijk te omlijnen hoe de NMa in de uitoefening van haar bevoegdheid omgaat met de adviezen van de NZa. De NMa en de NZa hanteren in het kader van hun mededingingstaken eenzelfde economische benadering op basis van een gelijksoortige mededingingsrechtelijke deskundigheid. Weliswaar is de taakopdracht van de NZa meer toegespitst op de zorg en op preventief markttoezicht, maar dit maakt het nog niet noodzakelijk wettelijk vast te leggen hoe de NMa in de uitoefening van haar concentratietoezicht omgaat met de adviezen van de NZa. De NZa kan ook geen feiten aandragen, die de NMa niet reeds op grond van de eigen bevoegdheid zou kunnen verwerven. Voor zover de thans geldende wettelijke

<sup>111</sup> Kamerstukken II 2004/05, 30 186, nr. 3, blz. 56.

<sup>112</sup> Artikel 19 van de Wmg.

<sup>113</sup> Protocol tussen de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) inzake de samenwerking en coördinatie op het gebied van beleid, regelgeving, toezicht & informatieverstrekking en andere taken van gemeenschappelijk belang.

<sup>114</sup> Richtsnoeren voor de zorgsector (2007), paragraaf 5.4.

beslistermijnen van de Mw inzake de melding en de vergunningaanvraag niet ruim genoeg zijn om het oordeel van de NZa in de besluitvorming te betrekken, zouden deze wat fusies tussen zorgverleners betreft kunnen worden verlengd.

Mocht in het concentratietoezicht van de NMa een verbod van fusies tussen zorgverleners met een gemeenschappelijk marktaandeel van 35% of meer worden geïntroduceerd, dan geeft dat nog geen aanleiding de positie van de NZa te versterken. Dit betekent immers slechts dat een mededingingsrechtelijke beoordeling van de fusie in de zorg in principe ophoudt bij de vaststelling van het marktaandeel op de betreffende markt. De wetgever heeft dan op grond van niet-economische belangen bepaald dat een marktaandeel van boven de 35% niet wenselijk is. Ook wat de mogelijkheid betreft een uitzondering te maken op de 35%-regel op basis van het feit dat er aanzienlijke kwaliteitsverbeteringen uit de fusie voortvloeien en die verbeteringen niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen, is een versterking van de rol van de NZa niet noodzakelijk. De NZa geeft immers niet zelf een oordeel over de kwaliteit van zorg, maar volgt de IGZ.

#### 4.2. Versterking van de rol van de IGZ

Wat de adviesrol van de IGZ betreft is wettelijk gewaarborgd dat de NZa het oordeel van de IGZ inzake de kwaliteit volgt.<sup>115</sup> De NMa is echter in de uitoefening van haar concentratietoezicht niet aan het oordeel van de IGZ gebonden.

Voor zover de NMa in het kader van het concentratietoezicht mogelijke verbeteringen van de kwaliteit van zorg, als aan de consument door te geven efficiëntieverbeteringen, meeweegt als rechtvaardiging voor negatieve effecten op de mededinging, is evenwel de vraag of de informatie-uitwisseling tussen de IGZ en de NMa geen formalisering behoeft. De IGZ is immers de enige toezichthouder die een oordeel kan geven over de kwaliteit van zorgverleners. Het lijkt niet toereikend dat, zoals de NMa in haar richtsnoeren aangeeft, "de rol van de IGZ gegeven is doordat de NZa bij het geven van haar zienswijzen rekening houdt met de opmerkingen van de IGZ".<sup>116</sup> De NZa zal in haar zienswijze de opmerkingen van de IGZ betrekken in de afweging van positieve en negatieve effecten van de voorgenomen fusie op de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg. Dit is niet hetzelfde als wat de IGZ doet, te weten het geven van een oordeel over de effecten van een voorgenomen fusie op de (minimum)kwaliteit van zorg die geleverd wordt door zorgaanbieders. Bovendien is de NMa niet gehouden het oordeel van de NZa (waarin het oordeel van de IGZ is verwerkt) te volgen.

Indien een wettelijke verbod wordt vastgesteld voor fusies tussen zorgverleners met een marktaandeel van 35% of meer, wordt het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van zorg niet belangrijker. De wetgever heeft dan immers bepaald dat dergelijke fusies niet zijn toegelaten, omdat dat ten koste gaat van de publieke belangen in de zorg, waaronder de kwaliteit van zorg. Wat de voorgestelde mogelijkheid betreft om uitzonderingen op dit verbod te maken – omdat er aanzienlijke kwaliteitsverbeteringen uit de fusie voortvloeien en die verbeteringen niet in dezelfde mate kunnen worden

---

<sup>115</sup> Artikel 19 van de Wmg.

<sup>116</sup> Richtsnoeren voor de zorgsector (2007), paragraaf 5.4

bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen – is het wel van belang dat de IGZ rechtstreeks formeel betrokken is. In dat kader zou wettelijk kunnen worden vastgelegd dat de NMa het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van zorg volgt, zoals de NZa overeenkomstig de Wmg het oordeel van de IGZ volgt wat de kwaliteit van zorg betreft.

## 5. Conclusie

In het concentratietoezicht van de NMa, zoals dat thans bestaat, is het niet nodig om de positie van de NZa te versterken. De samenwerking tussen de NMa en de NZa is reeds vastgelegd in een protocol. Er lijkt geen directe aanleiding om deze samenwerking nader wettelijk in te vullen. De NZa is een markttoezichthouder. De mogelijke inbreng van de NZa bij het concentratietoezicht door de NMa behelst in die zin geen wezenlijk andere deskundigheid dan die bij de NMa aanwezig is. De kennis van de NZa is wel toegespitst op de zorg en op preventief markttoezicht. De NMa kan, maar hoeft niet per se, waarde te hechten aan een oordeel van de NZa. Mocht het strengere toetsingskader voor fusies in de zorg worden ingevoerd, dan geeft dat geen aanleiding de positie van de NZa te versterken. Het strengere toetsingskader heeft geen wezenlijke gevolgen voor de methode van beoordeling van fusies tussen zorgverleners. De kwaliteit van zorg, zoals de IGZ die krachtens haar wettelijke taken beoordeelt, speelt in het concentratietoezicht slechts een beperkte rol. Toch biedt deze beperkte rol mogelijk wel reden om de positie van de IGZ te formaliseren. Bij een efficiëntieverweer, dat door fusiepartijen in de concentratieprocedure voor de NMa kan worden gevoerd, kan een oordeel over de kwaliteit van zorg wenselijk zijn. De IGZ is op dit moment de enige toezichthouder die over deze kwaliteit kan oordelen. Zou ervoor gekozen worden een fusieverbod in te voeren bij een gezamenlijk marktaandeel van 35% of meer en daarbij tevens een uitzonderingsmogelijkheid te creëren voor gevallen waarin er aanzienlijke kwaliteitsverbeteringen uit de fusie kunnen voortvloeien, dan verdient het aanbeveling om wettelijk vast te leggen dat, indien er een beroep wordt gedaan op deze uitzonderingsmogelijkheid, de IGZ aan de NMa adviseert en de NMa in haar beoordeling het oordeel van de IGZ over de kwaliteit van zorg volgt.

### D4 Overige aspecten bij vormgeving van het voorstel: de tijdelijkheid van het strengere mededingingsrechtelijke toetsingskader voor fusies in de zorg

Het strengere mededingingsrechtelijke toetsingskader voor fusies in de zorg is van tijdelijke aard. Voorgesteld is aan te sluiten bij de werkingsduur van de tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen. Deze tijdelijke verruiming vervalt op 1 januari 2013.

Het strengere toetsingskader wordt gemotiveerd door aan te geven dat de zorg in een overgangsfase zit van aanbodsturing naar vraagsturing. Het is dan ook logisch om de toepassingsduur van het strengere toetsingskader te koppelen aan de duur van de overgangssituatie. Het is evenwel de vraag of thans op voorhand kan worden gesteld dat de overgangssituatie van de zorgmarkten op 1 januari 2013 daadwerkelijk ten einde is. Moeilijk kan immers worden voorspeld of op dat moment een 'normale' mededinging tot stand is gebracht. Door bovendien bij voorbaat deze datum als intrekingsdatum van de voorgenomen maatregel te hanteren, wordt uitgelokt dat partijen, die fusieplannen hebben die op grond van de tijdelijk strengere criteria niet

zouden mogen worden uitgevoerd, de uitvoering van hun voornemens uitstellen tot na de desbetreffende datum. Dit uitstel zou ten koste kunnen gaan van de effectiviteit van de voorgenomen maatregel. Bovendien zou de overgang naar een markt waarop min of meer normale marktomstandigheden heersen, hierdoor juist kunnen worden verlengd.

D5 Welke mogelijkheden ziet de Afdeling voor een additionele zorgfusietoets, met doelcriteria anders dan de borging van voldoende mate van competitie zoals onder de Mw?

### 1. Inleiding

Onder C heeft de afdeling vraagtekens geplaatst bij de veronderstelling dat er een eenduidig verband bestaat tussen schaalgrootte van aangeboden zorg en de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg. Er lijkt dan ook onvoldoende grond om een toets in te voeren op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, die specifiek en exclusief gekoppeld aan fusies tussen zorgverleners.

Dit neemt niet weg dat de afdeling erkent dat in de zorgsector problemen bestaan met de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg. In de maatschappelijk en politieke discussie komen onder meer de volgende problemen voren:

- De menselijke maat (patiëntbejegeningkwaliteit) dreigt in de zorgsector verloren te gaan als gevolg van schaalvergroting, bureaucratie en meet- en regeldruk op de zorginkoopmarkt.
- De continuïteit en daarmee de toegankelijkheid van zorg dreigt in enkele regio's in Nederland in gevaar te komen door (financieel) wanbeleid van zorgverleners.
- De medisch-inhoudelijke kwaliteit van zorg staat in bepaalde gevallen onder druk door organisatie- en samenwerkingsproblemen of door een te weinig op kwaliteit gericht inkoopbeleid van zorgverzekeraars (Zvw), zorgkantoren (AWBZ) en gemeenten (Wmo).
- De keuzevrijheid van patiënten en daarmee de toegankelijkheid van zorg staat onder druk als gevolg van een gebrek aan transparantie van kwaliteit van zorg.
- De toegankelijkheid van zorg staat onder druk wegens een gebrek aan (bepaalde typen) medisch specialisten en verpleegkundigen.<sup>117</sup>

Een aantal van deze problemen is te wijten aan het feit dat aan de randvoorwaarden voor effectieve marktwerking – vrije toegang, volledige transparantie en volkomen concurrentie – niet wordt voldaan. De afdeling wil – wat die voorwaarden voor marktwerking betreft - bijzondere aandacht vestigen op twee zaken. Ten eerste kan marktwerking alleen ten goede komen aan de kwaliteit van zorg, indien zorgverzekeraars en patiënten keuzes kunnen maken op basis van voldoende inzicht in de kwaliteit van zorg van verschillende zorgverleners. De afdeling beklemtoont daarom het grote belang van alle door partijen en de regering genomen initiatieven om

<sup>117</sup> Zie onder meer Kamerstukken II 2008/09, 26 631, nrs. 290, 293 en 303 (modernisering AWBZ); Kamerstukken 2008/09, 27 295, nrs. 123-127 en 132 (positionering algemene ziekenhuizen); Kamerstukken II 2007/08, 29 247, nr. 75 (acute zorg; veranderingen in de schaal van zorg en de dilemma's daardoor); Kamerstukken II 2008/09, 29 282, nr. 82 (arbeidsmarktbeleid en opleidingen zorgsector); Kamerstukken II, 31 476, nrs. 1-6 (patiënten- en cliëntenrechten); Kamerstukken II 2008/09, 31 700 XVI, nr. 92 (Toezicht op inspectierapport 'Toezicht Operatief Proces, deel 2'); Kamerstukken II 2008/09, 31 765, nrs. 1-2 (kwaliteit van zorg); .



meer informatie te verschaffen over de kwaliteit van zorg.<sup>118</sup> Ten tweede vraagt de afdeling aandacht voor de numerus fixus bij opleidingen voor medische beroepen. Deze vormt een belangrijke beperking voor de toegang tot de zorgverleningsmarkt en zorginkoopmarkt. Zolang het aantal personen dat een medisch beroep zal kunnen uitoefenen van overheidswege nauw wordt afgestemd op de te verwachten vraag, is de keuzevrijheid van zorgverzekeraars en patiënten beperkt. Wanneer de toegang tot de medische opleidingen wordt verruimd, wordt het evenwicht op de markt hersteld en kan marktwerking beter haar rol vervullen.

Een aantal van de problemen in de zorg is echter niet het gevolg van marktimperfecties, maar van het feit dat de overheid de publieke belangen niet helder heeft gedefinieerd en vertaald in wetgeving. Hierdoor ontbreekt het de overheid in bepaalde gevallen aan instrumenten om effectief te kunnen ingrijpen wanneer de publieke belangen in de zorg in het geding zijn.

Om te bepalen welke publieke belangen nadere interventiemogelijkheden vergen en welke middelen daarvoor geschikt zouden kunnen zijn, grijpt de afdeling terug op hetgeen onder B is beschreven. In het navolgende beziet zij hoe de overheid de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg onder de huidige zorgwetgeving garandeert, gaat zij in op de vraag of de desbetreffende voorschriften en bevoegdheden toereikend zijn om in concrete gevallen in te grijpen, dan wel of gelet op de stelselverantwoordelijkheid van de overheid additionele instrumenten nodig zijn om dit alsnog te realiseren.

## 2. *De kwaliteit van zorg*

Onder B van de voorlichting zijn drie aspecten van de kwaliteit van zorg onderscheiden: de medisch-inhoudelijke kwaliteit van zorg, de patiëntbejegeningskwaliteit en de beheerskwaliteit. In het navolgende wordt ingegaan op de vraag of de overheid de kwaliteit van zorg in voldoende mate door wettelijke regels en bevoegdheden kan garanderen.

### *Maatregelen om de medisch-inhoudelijke kwaliteit van zorg en de patiëntbejegeningskwaliteit te garanderen*

De medisch-inhoudelijke kwaliteit van zorg en de patiëntbejegeningskwaliteit worden geregeld in de Kwz, de Wet BIG en de Wet klachtrecht cliënten zorgsectoren. Ambtenaren van de IGZ zijn belast met het toezicht op de naleving van deze wetten. Aan de minister zijn op grond van deze wetten handhavingsbevoegdheden toegekend. Hij kan onder meer aanwijzingen geven indien zorginstellingen niet aan de desbetreffende voorschriften voldoen en kan optreden door middel van bestuursdwang, hetgeen bijvoorbeeld kan leiden tot het sluiten van afdelingen of instellingen. Tevens wordt momenteel in de Eerste Kamer een wetsvoorstel behandeld dat de minister de bevoegdheid geeft om onder meer ter handhaving van de Kwz, de Wet BIG en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector bestuurlijke boeten op te leggen.<sup>119</sup> Deze bevoegdheden verschaffen de minister naar het oordeel van de afdeling voldoende mogelijkheden om in te grijpen wanneer de kwaliteit van zorg tekort schiet. Zij kunnen evengoed worden benut bij organisatorische veranderingen bij zorgaanbieders. De IGZ kan bovendien, mocht maatschappelijke onrust daartoe

<sup>118</sup> De afdeling denkt bijvoorbeeld aan de site kiesbeter.nl.

<sup>119</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 122, A.

aanleiding geven, haar toezichtinspanningen afstemmen op momenten dat er ingrijpende veranderingen plaatsvinden in de organisatie van zorgaanbieders, zoals bijvoorbeeld bij fusies.<sup>120</sup>

#### *Maatregelen om de beheerskwaliteit van zorg te garanderen*

De Kwz stelt eisen aan de organisatie van de zorgverlening en aan de bewaking van de kwaliteit van zorg.<sup>121</sup> Krachtens de WTZi worden eisen gesteld aan de bestuursstructuur en de bedrijfsvoering van de zorginstellingen. Op de naleving van deze eisen wordt toezicht gehouden door de ambtenaren van de IGZ. Tevens heeft de minister de mogelijkheid de toelating te beëindigen of bestuursdwang toe te passen indien de zorginstelling niet aan de krachtens de WTZi gestelde eisen voldoet.<sup>122</sup> Het College sanering zorginstellingen (CSZ) heeft bijzondere bevoegdheden met betrekking tot de sanering van zorginstellingen of de vervreemding van onroerend goed door zorginstellingen. Het CSZ kan bestuursdwang uitoefenen of een last onder dwangsom opleggen. Ook kan ze eventueel transacties met onroerende zaken vernietigen.

#### *Conclusie*

De afdeling is van oordeel dat de huidige wettelijke kaders en bevoegdheden in het algemeen toereikend zijn om de verantwoordelijkheid van de overheid voor de kwaliteit van zorg in te lossen. Mogelijk zijn nog niet alle algemene wettelijke kwaliteitseisen in voldoende mate in richtlijnen geconcretiseerd. Wellicht worden bestaande richtlijnen nog onvoldoende toegepast. Misschien dient de positie van de patiënten verder te worden versterkt. Niettemin biedt de huidige regulering voldoende instrumenten om de kwaliteit van zorg te waarborgen en zijn nieuwe bevoegdheden niet noodzakelijk.

### 3. *De bereikbaarheid en continuïteit van zorg*

Zoals onder B is opgemerkt, worden de bereikbaarheid en continuïteit van zorg niet expliciet geregeld in wetgeving. De afdeling merkt hierover het volgende op.

#### *Het waarborgen van de bereikbaarheid van acute zorg*

Als het gaat om de bereikbaarheid van zorg zijn er alleen voor de acute zorg concrete voorschriften. Voor niet-acute zorg (electieve en chronische zorg) worden dergelijke voorschriften niet nodig geacht; men gaat er vanuit dat de markt zelf voorziet in de bereikbaarheid van deze zorg.

Opvallend genoeg zijn de bereikbaarheidsvoorschriften voor acute zorg niet in wettelijke bepalingen opgenomen. Ingevolge de WTZi-beleidsregels moeten zorginstellingen zich houden aan regionale afspraken en aan de zogenaamde 45-minutennorm voor spoedeisende eerste hulp. Dit heeft - aldus de toelichting bij deze beleidsregels - tot gevolg dat een eventuele wijziging van het zorgaanbod van een van de desbetreffende zorgaanbieders, kan leiden tot het opnemen van voorwaarden aan de toelating. De minister heeft immers op grond van de artikelen 13 en 37 van de WTZi de mogelijkheid om verplichtingen te verbinden aan de toelating en deze door middel van bestuursdwang af te dwingen.

<sup>120</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 476, nr. 1, blz. 17.

<sup>121</sup> Artikel 3 en 4 Kwz.

<sup>122</sup> Artikel 35 en 37 WTZi.

Met de NZa meent de afdeling dat de wijze waarop de (geografische) bereikbaarheid van de acute zorg is gereguleerd vragen oproept: "In de bestaande situatie zijn de normen voor [...] de bereikbaarheid van de verschillende [acute] zorgfuncties gedeeltelijk in veldnormen vastgelegd. De invulling en de status van deze normen zijn niet altijd duidelijk".<sup>123</sup> Naar het oordeel van de afdeling kan door vaststelling van een heldere wettelijke regeling meer rechtszekerheid voor betrokken partijen en een duidelijker toezicht- en handhavingkader worden geboden. Voor zover bepaalde partijen door interventie van de minister worden gedwongen voor acute zorg in te staan, en deze zorg de normale gecontracteerde zorgverlening te buiten gaat, dient naar het oordeel van de afdeling voorzien te worden in een financiële tegemoetkoming.

#### *Het waarborgen van continuïteit van zorg bij financiële problemen*

De NZa beschikt thans over de mogelijkheid om financiële steun te verlenen aan zorginstellingen met financiële problemen. Deze mogelijkheid is neergelegd in beleidsregels.<sup>124</sup> Komt de NZa niet tegemoet aan een verzoek tot steun, dan kunnen de staatssecretaris en de minister van VWS aan de NZa vragen toch steun te verlenen, indien zij van oordeel zijn dat dit noodzakelijk is gelet op de continuïteit van zorg. Het is de afdeling niet duidelijk waarom deze mogelijkheden tot steunverlening zijn opgenomen in beleidsregels, die hun grondslag vinden in artikel 57 van de Wmg, en niet in wettelijke voorschriften. Ook is het de afdeling niet duidelijk of de mogelijkheid tot het verlenen van steun (steeds) samenhangt met de uitoefening door de NZa van de bevoegdheid om tarieven vast te stellen, dan wel dat deze steun (ook) afzonderlijk wordt toegekend. Gelet op het belang van deze voorschriften is het naar het oordeel van de afdeling wenselijk en noodzakelijk een helder wettelijk kader voor deze steunverlening in te richten.<sup>125</sup> Daarbij is het tevens de vraag of de huidige mogelijkheden voor het verschaffen van steun ook in de toekomst moeten gelden. Naarmate het stelsel sterker berust op vraagsturing is het minder vanzelfsprekend om een reddende hand te bieden als een zorgverlener in de problemen raakt.<sup>126</sup> Wanneer in de toekomst minder tarieven door de NZa worden vastgesteld, zal bovendien financiële ondersteuning door middel van een opslag van de tarieven minder goed mogelijk zijn.<sup>127</sup>

Niettemin kan het ook in de toekomst van belang zijn dat maatregelen worden genomen met betrekking tot individuele zorgverleners indien in het licht van bijzondere – bijvoorbeeld regionale - omstandigheden de continuïteit van de zorgverlening in gevaar komt. De minister van VWS heeft de NZa gevraagd om een monitoringsysteem op te zetten om de financiële positie van zorgaanbieders te volgen en daarover tijdig te rapporteren. Tevens heeft de minister aangekondigd om in dat kader in de wet

<sup>123</sup> Uitvoeringstoets Met Spoed!, NZa, februari 2008. Als voorbeelden van onduidelijke invulling en status van de normen voor acute zorg worden in deze uitvoeringstoets genoemd: (i) De huisarts is er verantwoordelijk voor dat acute basiszorg 24 uur per dag beschikbaar is. Deze verplichting is echter niet in regulering, maar in voorschriften van de beroepsorganisatie vastgelegd; (ii) De WTZi verplicht in een besluit bij deze wet dat regionale aanbieders van acute zorg moeten deelnemen aan het regionale overleg van de acute zorgketen. In het besluit zijn echter geen concrete eisen aan de prestatie geformuleerd; (iii) Eisen die aan spoedeisende eerstehulpafdelingen worden gesteld zijn op dit moment niet eenduidig vastgelegd in regulering; (iv) De ambulancediensten kennen voor de aanrijdtijden een norm van vijftien minuten. Deze norm is niet in wet- en regelgeving vastgelegd, maar hebben de aanbieders zichzelf opgelegd.

<sup>124</sup> Beleidsregel CI 982/CA -174 en CA-345.

<sup>125</sup> De afdeling merkt tevens op dat steunverlening onder meer moet voldoen aan de eisen van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag.

<sup>126</sup> Zie de notitie transparante en integrale tarieven in de gezondheidszorg voor de verschillende interventie-instrumenten die ervoor moeten zorgen dat de continuïteit van zorg niet in gevaar komt.

<sup>127</sup> Kamerstukken II 2006/07, 27 659 en 29 248, nr. 84, blz. 7.

bevoegdheden vast te leggen om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het garanderen van de continuïteit van zorg. In de uitoefening van deze bevoegdheden zou tevens gebruik kunnen worden gemaakt van de adviezen en signalen van de IGZ. De NZa zou bij de monitoring gebruik kunnen maken van de expertise van het CSZ.<sup>128</sup> De afdeling onderschrijft het belang van dit initiatief om de continuïteit van zorg te kunnen verzekeren. Omdat in bijzondere omstandigheden het publieke belang van de continuïteit van zorg kan vergen dat bij wanbeleid van een zorgverlener wordt ingegrepen, zou de minister van VWS - in aanvulling op de bestaande wettelijke verplichtingen en handhavingsbevoegdheden van de WTZi – de bevoegdheid moeten hebben om bijzondere maatregelen te nemen. Als voorbeeld van een dergelijke maatregel denkt de afdeling aan de ook reeds door de minister geopperde mogelijkheid tot het aanstellen van een bewindvoerder.<sup>129</sup>

#### 4. Conclusie

Gelet op het feit dat de afdeling vraagtekens plaatst bij de veronderstelling dat er een eenduidig verband bestaat tussen schaalgrootte van aangeboden zorg enerzijds en de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg anderzijds, lijkt er onvoldoende grond om een toets in te voeren op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg, die specifiek is gekoppeld aan fusies tussen zorgverleners (additionele zorgfusietoets). Niettemin doen zich problemen voor met kwaliteit en bereikbaarheid in de zorg. Deze problemen hebben enerzijds te maken met het garanderen van marktwerking en anderzijds met de effectiviteit van het wettelijke instrumentarium ter garantie van de publieke belangen in de zorg. Wat het garanderen van marktwerking betreft wijst de afdeling op het bestaan van bepaalde marktimperfecties zoals het gebrek aan transparantie en de gebrekkige toegang tot de markt als gevolg van de numerus fixus bij de opleidingen voor de medische beroepen. In dit onderdeel van de voorlichting heeft de afdeling zich echter in het bijzonder gericht op de volledigheid en effectiviteit van het wettelijke instrumentarium om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te bewerkstelligen. De afdeling heeft onderzocht hoe de overheid de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg onder de huidige zorgwetgeving garandeert. Daarbij heeft zij bekeken of de desbetreffende voorschriften en bevoegdheden toereikend zijn om in concrete gevallen in te grijpen, dan wel of gelet op de stelselverantwoordelijkheid van de overheid additionele instrumenten nodig zijn. De conclusie van de afdeling is dat de wettelijke kaders en bevoegdheden op het terrein van de kwaliteit van zorg in het algemeen toereikend zijn om de verantwoordelijkheid van de overheid voor dat publieke belang in te lossen. Dit ligt anders voor de bereikbaarheid van zorg. Naar het oordeel van de afdeling verdient het aanbeveling om de regels betreffende de bereikbaarheid van acute zorg in een helder wettelijk kader neer te leggen. Voorts acht de afdeling het noodzakelijk om een wettelijke voorziening te treffen waardoor de minister bijzondere maatregelen kan treffen in situaties waarin door wanbeleid het voortbestaan van een onderneming in gevaar komt, terwijl dit gevaar gelet op het belang van de continuïteit van zorg niet voor risico van de zorgverlener kan worden gelaten.

<sup>128</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 476, nr. 1, blz. 18.

<sup>129</sup> Kamerstukken II 2006/07, 27 659 en 29 248, nr. 84, blz. 7.