

Position Paper Rondetafelgesprek Zorgfusies Vaste kamercommissie VWS 29 januari 2018

Mr. dr. E.M.H. Loozen - mededingingsjurist; gastprofessor Universiteit Antwerpen

In de derde ronde van het rondetafelgesprek staan de volgende drie vragen centraal:

- Welke veranderingen zijn wenselijk in de wetgeving met betrekking tot fusies?
- Welke veranderingen zijn wenselijk in de rolverdeling tussen ACM, NZa en IGZ?
- Zijn er nog andere instanties die een rol zouden moeten krijgen bij het toetsen van fusies?

1. De huidige wetgeving voor mededingingstoezicht op (zorg)fusies behoeft geen wijziging. Het probleem – ineffectief mededingingstoezicht op ziekenhuisfusies – wordt immers niet veroorzaakt door de regelgeving, maar door de toepassing daarvan.

2. Het Nederlandse zorgstelsel gebruikt marktwerking om de zorg, binnen de door de overheid gestelde randvoorwaarden, zo doelmatig mogelijk te organiseren. Marktwerking levert echter alleen doelmatige uitkomsten zolang sprake is van effectieve concurrentie. Beperking van de effectieve concurrentie, bijvoorbeeld door een fusie, is daarom verboden op grond van de Mededingingswet (Mw). Deze wet geldt onverkort in de zorg en bevat een neutraal toetsingskader op grond waarvan de gevolgen van een fusie voor de doelmatige werking van de betreffende zorgmarkt worden onderzocht.

3. ACM is een zelfstandig bestuursorgaan (zbo). Een zbo wordt geacht om de bevoegdheden die hem bij wet zijn toebedeeld op objectieve wijze uit te voeren. Meer concreet staat objectieve rechtstoepassing voor onverkorte handhaving. Het toetsingskader waarborgt immers een zorgvuldig onderzoek dat vervolgens tot betrouwbare bewijsvoering leidt op grond waarvan het te nemen besluit zich inzichtelijk en navolgbaar opdringt.

4. De toepassingspraktijk heeft uitgewezen dat onverkorte handhaving niet van zelf spreekt.

5. Daarnaast is onverkorte handhaving niet afhankelijk van onderzoek op grond waarvan empirisch wordt vastgesteld dat fusies tot prijsverhoging leiden of de kwaliteit van zorg niet bevorderen. De Mw waarborgt de zorgbelangen door de actuele en potentiële mededinging te beschermen in een specifieke zaak.

6. In 2014 is de zorgspecifieke fusietoets ingevoerd om het fusietoezicht in de zorg te versterken. Dit betreft een vooral procedurele toets van niet-mededingingsrechtelijke aard die vooralsnog door de NZa wordt uitgevoerd. De toepassingspraktijk heeft uitgewezen dat deze toets nauwelijks bijdraagt aan het tegengaan van zorgfusies.

7. In 2016 is het wetsvoorstel Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg ingediend om andermaal het fusietoezicht in de zorg te versterken. Dit voorstel omvat de mogelijkheid om de procedurele toets aan te vullen met bij ministeriële regeling nader te bepalen inhoudelijke eisen. De memorie van toelichting leert dat deze mogelijkheid zal worden ingezet wanneer het reguliere, mededingingsrechtelijke fusietoezicht tekortschiet om de zorgbelangen te borgen. Daarbij wordt bijvoorbeeld gedacht aan een situatie waarbij als gevolg van een concentratie te weinig alternatieven beschikbaar blijven voor bepaalde vormen van zorg. Twee kanttekeningen.

8. Een eerste kanttekening is dat overheidsregulering in beginsel bedoeld is om (i) de solidariteit en toegankelijkheid van de zorg te waarborgen alsmede (ii) de vormen van marktfalen te corrigeren die verhinderen dat marktwerking in de zorg doelmatige uitkomsten oplevert. Marktfalen in de vorm van

marktmacht wordt geadresseerd in de Mw. Vervolgens is de rechter de aangewezen instantie om ondertoepassing van de Mw te corrigeren.

9. Een tweede kanttekening is dat een beschikbaarheidsnorm zoals genoemd zich niet richt op de beschikbaarheid van zorg als zodanig, maar op de beschikbaarheid van alternatief aanbod. Het is zeer de vraag of een dergelijke norm – voor zover haalbaar – beter is dan de reguliere mededingingstoets. Terwijl de laatste ruimte biedt om rekening te houden met regionale verschillen doordat de omvang van alternatief aanbod voorafgaand aan een fusie wordt vergeleken met de omvang daarvan na de fusie, zal een beschikbaarheidsnorm alle regionale verschillen moeten omvatten vanwege zijn generieke aard.

10. Volgens het wetsvoorstel zullen de zorgspecifieke mededingingsbevoegdheden (inclusief zorgspecifieke fusietoets) van de NZa naar de ACM worden overgeheveld. Dit roept vragen op. Zo zal de overheveling van de procedurele toets ACM in een lastig parket brengen omdat de toezichthouder op grond van de ene toets zal moeten verklaren dat een fusie maatschappelijk draagvlak heeft, om vervolgens op grond van de andere toets in voorkomend geval te moeten vaststellen dat dezelfde fusie maatschappelijk onverantwoord is.

11. Daarnaast zullen de informele zienswijzen komen te vervallen waarin de NZa meermaals heeft gewaarschuwd voor negatieve gevolgen vanwege marktmacht. Mede gelet op het feit dat goedkeuringsbesluiten niet snel worden aangevochten bij de rechter, lijkt het niet verstandig om deze aanvullende, kritische informatie op dit moment al uit het systeem te halen.

12. Het is niet nodig om andere instanties een rol te geven in het mededingingstoezicht op zorgfusies. De Mw beschermt de zorgbelangen immers via de band van de mededinging. Dit laat onverlet dat ACM andere zorginstanties kan consulteren om een beter inzicht te verkrijgen in de regulering en werking van de zorgmarkten. Een dergelijke consultatie doet echter niet af aan de verantwoordelijkheid van de mededingingstoezichthouder om de juridische en economische context waarbinnen de mededingingsgevolgen van een fusie moeten worden beoordeeld, op juiste wijze in kaart te brengen.

Literatuur

Loozen, E.M.H. (2017), Tegenstrijdige ontwikkelingen mededingingstoezicht in de zorg, *Onderneming en Financiering*, 1: 100-114

Loozen, E.M.H. (2016), Wijziging zorgspecifieke regels markt- en mededingingstoezicht: overbodig bij objectieve handhaving bestaande mededingingsregels, *SEW* 10: 414-424

Loozen, E. (2015), ACM en ziekenhuisfusies: hoeder van het publiek belang?, *Markt & Mededinging* 5: 178-187

Loozen, E.M.H., M. Varkevisser en F.T. Schut (2014), Beoordeling ziekenhuisfusies door ACM: staat de consument wel echt centraal?, *Markt & Mededinging* 1: 5-14

Varkevisser, M. en F.T. Schut (2008), NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies, *ESB* 93(4532): 196-199.