

Juridisch Document ZORG

Mededingingswet en de Zorginstellingen



3 november 2015
Zorg Zaken Groep
Mr. W. Wicking
Mr. L. Schaftenaar

Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand en/of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Zorg Zaken Groep.

Colofon

Zorg Zaken Groep is de handelsnaam van de zorgjuristen B.V. te Enschede. De Zorg Zaken Groep is een gespecialiseerd juridisch adviesbureau voor zorginstellingen, praktijken en samenwerkingsverbanden in en met de zorg.

In het Juridisch Document Zorg worden actuele juridische kwesties uit de zorg door de juristen van de Zorg Zaken Groep behandeld.

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld aanvaardt Zorg Zaken Groep geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder haar medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene kennisname en kan niet worden beschouwd als advies.

Zorg Zaken Groep

Ariënsplein 2
7511 JX Enschede

053-43 45 490

www.zorgzakengroep.nl

info@zorgzakengroep.nl

Volg ons ook op Twitter:



@zorgjuristen

Mededingingswet en de Zorginstellingen

Inleiding

Samenwerking in de zorg is belangrijk en kent veel vragen over de vorm en inhoud. Een van de belangrijke vragen is of de samenwerking in strijd is met de Mededingingswet.

Een lastige materie waarover veel onduidelijkheid bestaat. In onze adviespraktijk komen we nogal wat uitersten tegen. Instellingen en praktijken die denken dat eigenlijk niets mag aan de ene kant van het spectrum met aan de andere kant instellingen en praktijken die doen of de Mededingingswet niet bestaat.

Natuurlijk zijn de risico's groot als de Mededingingswet is overtreden, de boetes zijn hoog en deze kunnen ook aan de bestuurders van rechtspersonen persoonlijk worden opgelegd. Van de andere kant zien we een zekere verkramptheid over alles wat met samenwerking van doen heeft.

De waarheid ligt zoals zo vaak in het midden. In deze publicatie geven we een handvat van wat wel is toegestaan en wat niet. Ook gaan we in op de stappen die gezet moeten worden in geval van een fusie.

Wat is verboden bij het maken van afspraken?

In de Mededingingswet zijn een aantal verboden opgenomen. Zo is er het kartelverbod waarin de afspraken die de concurrentie verhinderen, beperken of vervalsen is verboden.

En er is het verbod op misbruik van een machtspositie. Dit verbod is van toepassing op de zorginstelling die zich grotendeels onafhankelijk kan gedragen van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers en zo de concurrentie kan verhinderen.

De handhaving van de Mededingingswet ligt bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

Bij een overtreding van één van de verboden kan de ACM onder andere overgaan tot het opleggen van een boete van maximaal € 450.000,-, of van maximaal 10% van de (gezamenlijke) omzet van uw onderneming dan wel ondernemingsvereniging.¹ De ACM kan ook een persoonlijke boete van € 450.000,- opleggen aan de feitelijk leidinggevende van de instelling. Om vooraf een oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van een voornemen tot samenwerken dan wel samengaan, kan aan de ACM een informele zienswijze worden gevraagd.

Wie is mijn concurrent?

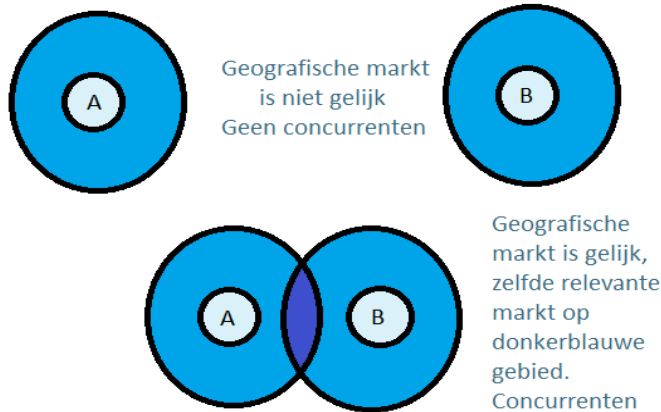
Afspraken met concurrenten worden getoetst aan de Mededingingswet, afspraken met niet-concurrenten zijn over het algemeen toegestaan. Om te weten wie uw concurrent is dient u de relevante markt te berekenen. Deze wordt bepaald door de relevante productmarkt en de relevante geografische markt.

Relevante productmarkt

Ondernemingen behoren tot dezelfde relevante productmarkt indien de aangeboden producten of diensten door de consument als onderling verwisselbaar worden beschouwd.² Wanneer dezelfde soort zorg wordt aangeboden, is vaak al sprake van dezelfde productmarkt, bijvoorbeeld de markt voor ziekenhuiszorg.

¹ Autoriteit Consument & Markt

² Dit wordt onderzocht door middel van de SSNIP-test

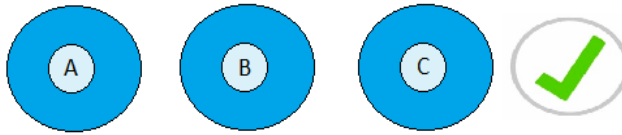
Relevante geografische markt

De relevante geografische markt is gelijk wanneer zorginstellingen in eenzelfde gebied actief zijn. Wanneer de geografische markt verschillend is zijn aanbieders van dezelfde soort zorg, bijvoorbeeld ziekenhuizen, op een andere relevante markt actief. Er is dan geen sprake van concurrentie. Voor de geografische markt is uw klantenbestand van belang. Wanneer in een gebied meer dan 10% van de zorgbehoevende inwoners de zorg bij u afneemt, behoort dit gebied tot uw geografische markt.³ U dient vervolgens te onderzoeken of een ruimer gebied ook binnen uw geografische markt behoort. U maakt als het ware de cirkel om uw bedrijf groter, tot u binnen een bepaald gebied de 10% niet meer haalt. Dit gebied behoort dan niet meer tot uw geografische markt. Instellingen die actief zijn op dezelfde product- en geografische markt zijn concurrenten op de relevante markt. De geografische markt voor ziekenhuiszorg hangt af van een onderzoek naar herkomst- en bestemmingsgegevens in de werkgebieden van partijen, een reistijdenanalyse en een kwalitatief onderzoek. De geografische markt voor hoog complexe zorg is ruimer vanwege de hogere reisbereidheid.

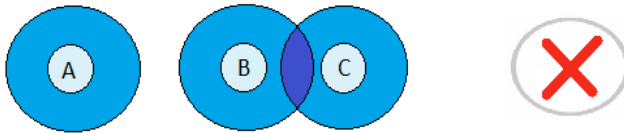
Is het kartelverbod ook van toepassing op kleine zorginstellingen?

Er bestaan twee uitzonderingen op het kartelverbod voor kleine zorginstellingen. Het kartelverbod is allereerst niet van toepassing op afspraken tussen maximaal acht instellingen met een gezamenlijke jaaromzet van niet meer dan €1.100.000,-. Dit is de eerste bagatelbepaling. Wanneer uw instelling een hogere omzet behaalt, valt uw instelling mogelijk onder de tweede bagatelbepaling. Wanneer het gaat om afspraken tussen concurrenten is het kartelverbod niet van toepassing indien het gezamenlijk marktaandeel van de bij de afspraak betrokken instellingen op geen van de relevante markten groter is dan 10%. Het effect van dergelijke afspraken is volgens de ACM zo minimaal dat zij de mededinging niet kunnen beperken. Alle soorten afspraken, ook afspraken over de prijs en de verdeling van de markt zijn in dat geval toegestaan. Het is dan ook van belang te controleren of u gezamenlijk met de instelling met wie u wilt samenwerken onder een van de bagatelbepalingen valt.

³ Dit is de Elzingha-Hogarty test.



Geen sprake van zelfde geografische markt, geen concurrentie



Zelfde geografische markt, concurrenten, C krijgt geen toegang tot Pact

Samenwerken mag, samenspannen niet

Afspraken met concurrenten

Voor het maken van afspraken met een instelling die dezelfde zorg aanbiedt als u wordt onderscheid gemaakt tussen concurrenten en niet-concurrenten.

Afspraken met concurrenten zijn toegestaan zolang ze de concurrentie niet kunnen beperken. Overleg dus niet met uw concurrenten over de prijs voor het verlenen van zorg of het tarief waarover u met de zorgverzekeraar wilt onderhandelen. Het is ook niet toegestaan om cliënten per woongebied met andere instellingen onderling te verdelen en naar elkaar door te verwijzen. Op deze manier verdeelt u de markt, wat verboden is volgens de Mededingingswet. Hetzelfde geldt voor aanbestedingsafspraken, verdeel deze niet onderling, maar laat de concurrentie op dit gebied bestaan. Samenwerken op administratief gebied en met betrekking tot kwaliteit is in beginsel wel toegestaan. Laat eventueel overleg met concurrenten notuleren en maak bezwaar tegen de verstrekking van concurrentiegevoelige informatie.

Afspraken met niet-concurrenten

Voor wat betreft afspraken met niet-concurrenten is het raadzaam regelmatig te controleren of u inmiddels geen concurrenten bent geworden. Dit was van belang bij de Coöperatieve Vereniging Pact, een samenwerkingsverband van zelfstandige apothekers die de aangesloten apothekers wilde ondersteunen bij de onderhandelingen met zorgverzekeraars. Apothekers konden alleen lid worden van Pact indien zij óf niet tot dezelfde relevante markt behoorden als de overige leden, óf onder de bagatelbepaling vielen, óf wanneer slechts sprake was van een zeer beperkte overlap op de geografische markt van minder dan 10%. Er wordt dus uitgegaan van een samenwerking met niet-concurrenten, daar waar toch sprake was van concurrentie werd de bagatelbepaling als bovengrens gehanteerd. Door middel van een informele zienswijze hebben zij achterhaald dat hun vereniging niet in strijd was met het mededingingsrecht. Deze informele zienswijze kan als richtlijn dienen voor andere samenwerkingsvormen binnen de zorg met als doel de onderhandelingen met zorgverzekeraars te ondersteunen.

Collectieve boycot

Let bij gezamenlijk onderhandelen met zorgverzekeraars wel op dat geen sprake is van een collectieve boycot. Het Koninklijke Nederlandse Genootschap voor Fysiotherapie heeft hierover eerder van de ACM een waarschuwing gehad toen zij een oproep deed aan haar leden om nog geen contracten met verzekeraars te tekenen, dit naar aanleiding van een meningsverschil over het kwaliteitssysteem. De ACM meent dat dergelijke oproepen de mededinging beperken. Ten slotte wordt nog geadviseerd om bij afspraken met niet-concurrenten niet meer partijen te betrekken dan strikt noodzakelijk om het beoogde doel van de samenwerking te bereiken.

Samenwerking met verschillende zorginstellingen

De Mededingingswet maakt onderscheid tussen monodisciplinaire samenwerking en multidisciplinaire samenwerking. Van monodisciplinaire samenwerking is sprake indien de instelling samenwerkt met een of meerdere instellingen die dezelfde vorm van zorg uitoefenen als de instelling zelf uitoefent. Hier controleert de ACM op overtredingen, nu onderlinge afstemming kan leiden tot een beperktere keuze voor patiënten en zorgverzekeraars. Van multidisciplinaire samenwerking is sprake wanneer u samen gaat werken met een of meerdere instellingen die allen een andere vorm van zorg verlenen, bijvoorbeeld een thuiszorginstelling die gaat samenwerken met een ziekenhuis. Partijen zijn in dat geval geen concurrenten. Dit is over het algemeen toegestaan, zolang partijen slechts een laag percentage van de patiënten naar elkaar doorverwijzen, er voldoende restconcurrentie overblijft en sprake is van vrije toetreding.

Een hoog marktaandeel mag, aanmerkelijke marktmacht is verdacht

De NZa kan toetsen of sprake is van aanmerkelijke marktmacht. Dit wordt verondersteld in geval van een marktaandeel van 55% of meer.⁴ De NZa kan diverse maatregelen opleggen, zoals contracteerverplichtingen of een verplichting tot informatieverstrekking. Een AMM-verplichting kan steeds voor drie jaar worden opgelegd en kan telkens voor maximaal drie jaar verlengd worden.

Afspraken voorafgaand aan een fusie

Voorafgaand aan een fusie is een gezamenlijke inkoop, huisvesting, samenwerking bij ICT-projecten en overige samenwerking op administratief gebied met uw concurrent toegestaan, zolang wordt gewaarborgd dat geen concurrentiegevoelige informatie wordt uitgewisseld. Voor de fusie mag u niet gezamenlijk onderhandelen dan wel contracteren met zorgverzekeraars, zorgkantoren of gemeenten.

⁴ Nederlandse Zorgautoriteit

Het concentratieverbod en de meldingsplichten

Van belang is het verbod om een concentratie tot stand te brengen zonder goedkeuring van de ACM. Op dit verbod staan dezelfde sancties als op de andere verboden uit de Mededingingswet. Het concentratieverbod voorkomt het ontstaan van machtsposities door fusies. Zeer hoge marktaandelen (50 procent of meer) vormen een vermoeden voor het bestaan van een machtspositie. Het begrip concentratie omvat onder andere fusies, overnames en andere vormen van een duurzame zeggenschapsoverdracht tussen ondernemingen.

Melding bij NZa

Als bij uw fusie minstens één instelling betrokken is waarin door 50 personen of meer zorg wordt verleend, dient de concentratie allereerst gemeld te worden bij de NZa voor de zorgspecifieke fusietoets. Na goedkeuring moet de concentratie bij de ACM worden gemeld indien de instellingen in het vorige kalenderjaar afzonderlijk hebben voldaan aan de omzetrempels uit de wet.

Melding bij ACM

Voor melding bij de ACM moeten ten minste twee van de bij de concentratie betrokken instellingen met het verlenen van zorg een omzet hebben behaald van meer dan € 5.500.000,-. De gezamenlijke omzet moet meer bedragen dan € 55.000.000,-, waarvan door ten minste twee van de betrokken instellingen ten minste € 10.000.000,- in Nederland is behaald. Wanneer aan deze omzetrempels is voldaan, wordt de fusie door de ACM getoetst. De ACM toetst in twee fases: in de meldingsfase wordt getoetst of de fusie een vergunning vereist, in de vergunningsfase wordt nader onderzocht of door de fusie teveel macht wordt verkregen. Voor de ziekenhuiszorg toetst de ACM aan de concurrentiedruk van partijen onderling en van andere ziekenhuizen, de uitstroompercentages uit de werkgebieden van partijen en de uitkomsten van het kwalitatieve onderzoek. Voor de geestelijke gezondheidszorg toetst de ACM door middel van de positie van de concurrentiepartners op de markt, de reacties van de zorgverzekeraars en concurrenten en de eventuele resterende concurrentie.

Toestemming per werkgebied in samenwerkingsverbanden

Het is niet toegestaan om in een samenwerkingsverband op te nemen dat een lid zonder toestemming van een ander lid niet mag toetreden tot het werkgebied van dit andere lid, al is dit voor de ACM moeilijk te bewijzen, zoals ook wel volgt uit de het samenwerkingsverband van Carint Reggeland en Carinova. Een intentieverklaring is voor beboeting niet voldoende, het moet hierbij echt gaan om een vastgestelde gedragscode.