

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

INHOUDSOPGAVE

1	INLEIDING.....	5
1.1.	Introductie.....	5
1.2.	De Richtsnoeren.....	6
1.3.	Leeswijzer.....	7
2	MEDEDINGING EN TOEZICHT IN DE ZORG	9
2.1	Mededinging in de zorgsector	9
2.2	Ontwikkelingen in de zorgsector	10
2.3	Toezicht op mededinging	11
2.4	Rollen NMa en NZa	12
2.4.1	Samenloop bevoegdheden NMa en NZa: misbruik van machtspositie en aanmerkelijke marktmacht	15
2.4.2	Rolverdeling bij concentraties	16
2.5	Algemeen beoordelingskader NMa	16
2.5.1	Hoe toetst de NMa?	16
2.6	Overzicht van bevoegdheden van de NMa	17
2.7	Clementie in kartelzaken	18
3	ALGEMEEN KADER: HET BEGRIP ‘ONDERNEMING’ EN DE ‘RELEVANTE MARKT’	20
3.1	Onderneming.....	20
3.2	Afbakening van de relevante markt.....	22
4	MISBRUIK ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE	29
4.1	Definitie economische machtspositie.....	29
4.2	Factoren om een economische machtspositie te bepalen	30
4.3	Vormen van misbruik en hun schadelijke effecten	32
4.3.1	Onredelijke voorwaarden in inkoopcontracten	32
4.3.2	Weigering om (individueel) te onderhandelen.....	33
5	CONCENTRATIECONTROLE	34

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

5.1	Vormen van concentraties	34
5.2	Belangrijke procedurele bepalingen.....	36
5.2.1	Omzetdrempels	36
5.2.2	Gegevensverstrekking	37
5.2.3	Gun-jumping.....	38
5.2.3.1	Vroegtijdige implementatie	39
5.2.3.2	Overtreding van het kartelverbod/artikel 6 Mw.....	39
5.3	Procedure en werkwijze bij concentratiecontrole	41
5.3.1	Meldingsfase.....	41
5.3.2	Vergunningsfase	43
5.3.3	Zienswijze NZa.....	44
5.3.4	Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders	45
5.3.5	Kosten	45
5.4	Inhoudelijke toets.....	46
5.4.1	Is er sprake van een significante belemmering van de mededinging?	46
5.4.1.1	Beoordeling van horizontale concentraties	46
5.4.1.2	Beoordeling van verticale concentraties	47
5.4.2	Uitzonderingsgronden	50
5.4.2.1	Efficiëntieverweer.....	50
5.4.2.2	Reddingsfusie (Failing firm– verweer)	52
5.4.2.3	Diensten van algemeen economisch belang.....	53
6	KARTELVERBOD.....	55
6.1	Begrippen	55
6.1.1	Kartelverbod.....	55
6.1.2	Overeenkomst	55
6.1.3	Onderling afgestemde feitelijke gedraging.....	56
6.1.4	Besluit van een ondernemersvereniging	56
6.2	Beoordeling.....	58
6.2.1	Overeenkomsten die buiten toepassing van de Mededingingswet vallen	60
6.2.1.1	Bagatelbepaling	60
6.2.1.2	Geringe beïnvloeding van de mededinging.....	61
6.2.2	Uitzondering kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw: groepsvrijstellingen.....	62
6.2.2.1	Specialisatieovereenkomsten	63
6.2.2.2	Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten.....	67
6.2.2.3	Verticale overeenkomsten	68
6.2.3	Uitzondering kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw: individueel	71
6.2.4	Uitzondering kartelverbod: diensten van algemeen economisch belang.....	73
6.3	Samenwerkingsvormen.....	74
6.3.1	Afspraken binnen één onderneming.....	75
6.3.2	Afspraken tussen concurrenten	78

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

6.3.2.1	Prijsafspraken	78
6.3.3	Onderhandelen via een zorgmakelaar	79
6.3.3.1	Marktverdelingsafspraken	81
6.3.3.1.1	Nieuwe gebieden	83
6.3.3.1.2	Levering van zorg in dunbevolkte gebieden en 24-uurs zorg	84
6.3.3.2	Aanbestedingsafspraken	86
6.3.3.3	Gemeenschappelijke leveringsweigering	91
6.3.3.4	Zuivere kwaliteitsafspraken	91
6.3.3.5	Gemeenschappelijke inkoop	93
6.3.3.6	Gezamenlijk preferentiebeleid	94
6.3.3.7	Afspraken over waarneming	96
6.3.3.8	Gezamenlijk opzetten van elektronische netwerken en informatie-uitwisseling	97
6.3.3.9	Samenwerking op administratief gebied	98
6.3.3.10	Samenwerking in een HOED	99
6.3.4	Afspraken tussen niet-concurrenten	99
6.3.4.1	Afspraken tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende markten	100
6.3.4.2	Ketenzorg	101
6.3.4.3	Meerdere parallelle ketens	104
6.3.4.3.1	Horizontale effecten van samenwerkende ketens	106
6.3.4.4	Exclusieve woonzorgcombinaties	106
6.3.4.5	Samenwerking in een gezondheidscentrum	108
6.3.5	Rol van de brancheorganisatie	109
6.3.5.1	Gezamenlijke onderhandelingen	109
6.3.5.2	Prijsadviezen	110
6.3.5.3	Informatie-uitwisseling	112
6.3.5.4	Calculatieschema's	113
6.3.5.5	Erkenningsregelingen	114
7	SLOTBEPALINGEN	117
	BIJLAGE: STAPPENPLAN BIJ SAMENWERKING	118
	REGISTER	130

1 Inleiding

1.1. Introductie

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft haar Richtsnoeren voor de Zorgsector (Richtsnoeren) herzien. De reden om na een relatief korte periode (de vorige versie was van december 2007) de Richtsnoeren opnieuw aan te passen is de wens om steeds nauw aan te sluiten bij ontwikkelingen in de zorgsector. Zo willen wij steeds helderheid verschaffen over actuele thema's en antwoord geven op vragen uit de praktijk. De Richtsnoeren zijn na een uitgebreide consultatieronde aangevuld met nieuwe voorbeelden en onderwerpen. Ook zijn de Richtsnoeren op punten aangepast of aangescherpt op de mededingingsrechtelijke inhoud, bijvoorbeeld als gevolg van nieuwe Europese Richtsnoeren, visiedocumenten en Europese en Nederlandse jurisprudentie.
2. De Richtsnoeren vormen een toelichting op de toepassing door de NMa van de Mededingingswet (Mw) en een aantal mededingingsbepalingen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (voorheen: EG-Verdrag). Zij bieden een handvat voor de toepassing van de mededingingswetgeving op verschillende soorten overeenkomsten en gedragingen in de zorgsector.
3. De NMa wil met haar Richtsnoeren een zorgvuldige en volledige toelichting geven op haar beoordelingskader. De Richtsnoeren bevatten dan ook uitvoeringsregels die het toezicht van de NMa ten aanzien van de zorgsector beschrijven. Dit vergt een juridische nauwkeurigheid en volledigheid die soms de leesbaarheid voor partijen in het zorgveld bemoeilijkt. Om meer helderheid te verschaffen voor lezers zonder mededingingsrechtelijke achtergrond, zal de NMa naast deze uitgebreide en meer 'juridische' versie van de Richtsnoeren ook een beknoptere versie uitbrengen.
4. De NMa ziet dat met name zorgaanbieders een spagaat ervaren tussen de roep om meer onderlinge samenwerking, zoals verschillende vormen van ketenzorg, door bijvoorbeeld het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) en de grenzen die de Mededingingswet aan die samenwerking stelt. In deze Richtsnoeren wil de NMa duidelijk maken dat de Mededingingswet samenwerking niet verbiedt. Veel samenwerkingsvormen zijn, misschien wel juist in de zorg, vanuit kwaliteits- of doelmatigheidsoogpunt zeer wenselijk. Zolang gedragingen van - en in het bijzonder samenwerking tussen - ondernemingen de concurrentie niet belemmeren, zullen deze ook niet in strijd zijn met de Mededingingswet. Ook wanneer de concurrentie mogelijk wel wordt belemmerd, zijn bepaalde afspraken tussen ondernemingen vanwege hun geringe impact toegestaan op grond van de zogenaamde bagatelregeling. Daarnaast kan sprake zijn van afspraken die gericht zijn op samenwerking tussen ondernemingen die voordelen opleveren voor de consument die zwaarder wegen dan de eventuele nadelen voor de concurrentie. Ook dergelijke afspraken zijn onder bepaalde omstandigheden toegestaan.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

5. Markten laten werken. Dat is de missie van de NMa. Dit houdt in dat de NMa ruimte wil laten aan de markt waarin zorgverzekeraars en zorgaanbieders als ondernemingen opereren. Zij hebben de vrijheid om zelfstandig of in samenspel tot een goed en betaalbaar zorgaanbod te komen dat inspeelt op de wens van de zorgvrager. Het houdt ook in dat wij op grond van de Mededingingswet zullen ingrijpen op het moment dat gedragingen van en tussen ondernemingen de concurrentie en de keuzevrijheid voor patiënten of verzekerden belemmeren. Dit betreft met name afspraken tussen concurrenten over de te hanteren verkoopprijzen, afspraken die gericht zijn op het verdelen van markten of afspraken wie als laagste mag inschrijven bij aanbestedingen. Ook afspraken die gericht zijn op gemeenschappelijke leveringsweigering (collectieve boycot) zijn vrijwel altijd in strijd met het mededingingsrecht.
6. De Richtsnoeren geven aan wat de mogelijkheden en grenzen zijn van samenwerking tussen ondernemingen. Veel situaties zijn overigens uniek en blijven vragen om een individuele beoordeling. De NMa probeert met de Richtsnoeren de meest voorkomende praktijksituaties te behandelen.

1.2. De Richtsnoeren

7. De Mededingingswet gaat er vanuit dat partijen zelf beoordelen of bepaalde gedragingen niet in strijd zijn met de wet. De Richtsnoeren bieden een handvat bij deze 'self-assessment'. De Richtsnoeren geven door middel van beschrijvingen en voorbeelden inzicht in de beoordelingscriteria die worden gehanteerd bij de handhaving van het kartelverbod (artikel 6, eerste lid, Mw), de uitzondering daarop (zoals neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw) en het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw) met betrekking tot afspraken en gedragingen binnen de zorgsector. Tevens wordt aandacht besteed aan de wijze waarop de NMa concentraties in de zorg beoordeelt. Daarnaast wordt in deze Richtsnoeren nader ingegaan op de wijze waarop het toezicht op de mededinging in de zorgsector in Nederland is vormgegeven. Hierbij komt ook de rolverdeling tussen de NMa en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) aan de orde.
8. De Richtsnoeren bevatten geen uitputtende beschrijving van alle bestaande wettelijke bepalingen en jurisprudentie. Bovendien kunnen ook afspraken en gedragingen die niet in deze Richtsnoeren zijn opgenomen in strijd zijn met de Mededingingswet. Andersom kunnen afspraken waarvan niet uitdrukkelijk wordt vermeld dat zij zijn toegestaan, met de Mededingingswet verenigbaar zijn.
9. De Europese Commissie heeft met betrekking tot haar groepsvrijstellingen eveneens richtsnoeren gepubliceerd. De Europese richtsnoeren hebben geen automatische doorwerking zoals de groepsvrijstellingen zelf maar de NMa past in de praktijk artikel 6 Mw toe conform deze door de Europese Commissie opgestelde richtsnoeren. De belangrijkste regels/bepalingen voor de zorgsector zijn de 'Richtsnoeren inzake verticale beperkingen'¹ en de 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten' (nu artikel 101 van het VWEU).² Doel van deze Europese richtsnoeren is het standpunt van de

¹ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, Pb. C 291 van 13 oktober 2000, p. 1-44.

² Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2-30.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Europese Commissie uiteen te zetten betreffende de toetsingscriteria die op de verschillende soorten overeenkomsten en gedragingen worden toegepast. Daarnaast heeft de Europese Commissie algemene richtsnoeren gepubliceerd met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 81, derde lid, EG (nu artikel 101, derde lid, VWEU).³ Ook deze richtsnoeren kunnen nuttig zijn bij de beoordeling van voorgenomen samenwerkingsverbanden.

10. De Richtsnoeren zijn een nadere uitwerking van een aantal onderwerpen zoals behandeld in de 'Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen' van de NMa.⁴ Bovendien is een aantal aanvullende onderwerpen opgenomen dat voor de zorgsector specifiek van belang is.
11. De Richtsnoeren laten de eventuele uitleg van de Mededingingswet door de rechter respectievelijk de uitleg van de Europese mededingingsregels door het Gerecht en door het Hof van Justitie van de Europese Unie onverlet.

1.3. Leeswijzer

12. De opbouw van de Richtsnoeren is als volgt. Allereerst wordt in hoofdstuk 2 kort stilgestaan bij de rol van mededinging in de zorgsector en wordt een aantal relevante ontwikkelingen benoemd die de context bepalen waarbinnen de Mededingingswet haar toepassing vindt. Ook komt in hoofdstuk 2 de organisatie en opbouw van het toezicht op de mededinging in de zorgsector aan de orde. Hierbij wordt ingegaan op de rol die de NMa, maar ook de NZa, speelt bij het toezicht. Ook wordt hier de rol van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) bij het toezicht op de mededinging benoemd. Door middel van voorbeelden verheldert dit hoofdstuk welke toezichthouder in welk geval het eerste aanspreekpunt vormt.⁵ Tenslotte komen hier ook de bevoegdheden van de verschillende toezichthouders en de clementieregeling van de NMa aan de orde.
13. In hoofdstuk 3 komt een aantal algemene begrippen van de Mededingingswet aan de orde. Zo zal hier worden ingegaan op de begrippen 'onderneming' en 'relevante markt'. Deze begrippen zijn van toepassing op alle onderdelen van de Mededingingswet en zullen daarom in een algemeen hoofdstuk worden behandeld. Overige begrippen komen in de specifieke hoofdstukken terug.
14. Hoofdstuk 4 gaat in op het verbod op misbruik van een economische machtspositie. We besteden aandacht aan factoren die van belang zijn bij het bepalen of daadwerkelijk sprake is van een economische machtspositie. Ook gaan we in op mogelijke vormen van misbruik, namelijk uitbuiting en uitsluiting. We spitsen dit toe op de inkoop- en verkooprelatie tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar.

³ Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag, Pb. C 101 van 27 april 2004, p. 97-118.

⁴ Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14).

⁵ Overigens moet worden opgemerkt dat deze Richtsnoeren niet beogen de Nederlandse Zorgautoriteit te binden bij de uitvoering van de aan haar opgedragen taken.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

15. Hoofdstuk 5 behandelt de concentratiecontrole. Het zet uiteen wat concentratiecontrole betekent voor ondernemingen in de zorg. Hierbij wordt eerst uitgelegd dat de Mededingingswet drie soorten concentraties onderscheidt: fusies, overnames en bepaalde typen joint ventures. Vervolgens wordt uitgelegd welke financiële drempels er gelden voor toepassing van het concentratietoezicht waarboven een meldingsplicht geldt. Voor de zorgsector zijn specifieke drempels vastgesteld. Hierna wordt de procedure voor toetsing en de inhoudelijke toetsing van concentraties uiteengezet, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de meldingsfase en de vergunningsfase. Tenslotte worden de uitzonderingen op een mogelijk verbod tot concentreren weergegeven, te weten eventuele efficiëntieverbeteringen, het reddingsfusieverweer en diensten van algemeen economisch belang.
16. In hoofdstuk 6 wordt het kartelverbod uit artikel 6 van de Mededingingswet uiteengezet. Daarbij komen de verschillende begrippen die gehanteerd worden aan de orde en de wijze van beoordeling. Er wordt ingegaan op de drempel voor toepassing van het kartelverbod, de zogeheten bagatelbepaling. Vervolgens wordt ingegaan op de uitzonderingen op het kartelverbod waardoor bepaalde afspraken tussen aanbieders alsnog zijn toegestaan. Het gaat hierbij om groepsvrijstellingen van de Europese Commissie, maar ook om individuele vrijstellingen. Er zal worden uiteengezet dat bepaalde afspraken die in beginsel verboden zijn onder de Mededingingswet toch toegestaan kunnen zijn, omdat deze afspraken aanwijsbare voordelen opleveren voor consumenten die opwegen tegen de nadelen van de beperking van de concurrentie. Tot slot wordt ingegaan op de regeling die is gecreëerd voor de zogenaamde diensten van algemeen economisch belang, waarvoor onder omstandigheden een uitzondering op de toepasselijkheid van de mededingingsregels geldt.
17. De meeste aandacht zal in hoofdstuk 6 gaan naar de verschillende samenwerkingsvormen die in de zorgsector voorkomen. Er wordt hierbij onderscheid gemaakt tussen afspraken binnen één onderneming, afspraken tussen concurrenten (horizontale overeenkomsten) en afspraken tussen niet-concurrenten (verticale overeenkomsten en ketenzorg). Ten slotte wordt ingegaan op de rol van brancheorganisaties.
18. In de Richtsnoeren wordt ter verheldering veel gebruik gemaakt van voorbeelden. Om de voorbeelden overzichtelijk te houden zullen niet altijd alle relevante mededingingsrechtelijke aspecten aan de orde komen, maar slechts die aspecten die voor de illustratie van een specifieke thema van belang zijn. In veel voorbeelden gaan we er bijvoorbeeld vanuit dat een afspraak niet meer binnen de bagatelregeling valt en dat een afspraak merkbaar zou zijn.
19. De NMa is samen met de NZa bezig om een beoordelingskader op te stellen op basis van de Mededingingswet en de Wet Marktordening Gezondheidszorg met betrekking tot de mededingingsrechtelijke aspecten van zorggroepen rondom een bepaalde patiëntencategorie. Naar verwachting zal dit medio 2010 gereed zijn. Dit kader zal na vaststelling aan de Richtsnoeren worden toegevoegd.

2 Mededinging en toezicht in de zorg

2.1 Mededinging in de zorgsector

20. De (gedeeltelijke) centrale sturing door de overheid, die in bepaalde zorgsectoren geldt of tot voor kort heeft gegolden, wordt geleidelijk vervangen door een systeem van (gereguleerde) marktwerking. Dit wil niet zeggen dat de zorgsector daarmee in alle facetten gelijkgesteld wordt met meer commerciële sectoren. De zorgsector (zorgmarkt) heeft specifieke kenmerken waarmee het zich onderscheidt. Hierbij kan gedacht worden aan het belang van het (geïntegreerde) zorgproduct, de complexiteit van het product en de gewenste solidariteit in het financieringsstelsel. De overheid kiest daarom voor de benadering: marktwerking waar mogelijk, regulering waar nodig.⁶ Dat de zorgsector een bijzondere sector is, betekent echter niet dat de basisprincipes van marktwerking of de Mededingingswet niet zouden gelden. Ook in de gezondheidszorg worden mensen en ondernemingen gestimuleerd als een andere aanbieder hen voorbij lijkt te streven op het gebied van kwaliteit of omzet. De Mededingingswet beschermt dit principe, waarbij zij oog houdt voor bijzondere kenmerken van de zorgmarkt en de specifieke context van specifieke gevallen.
21. Zorgaanbieders krijgen, als marktpartijen, meer vrijheden en verantwoordelijkheden. De consument kan kiezen voor de zorgverzekeraar en zorgaanbieder die het beste aansluit bij zijn wensen. De zorgverzekeraars zullen door onderlinge concurrentie geprikkeld worden om tot een optimaal polisaanbod voor hun verzekerden te komen. Zorgverzekeraars kunnen met zorgaanbieders onderhandelen over prijs, kwaliteit en organisatie van de zorg. Zij hebben een wettelijke zorgplicht voor hun verzekerden, wat betekent dat zij de plicht hebben om ervoor te zorgen dat hun verzekerden toegang hebben tot de zorg die zij nodig hebben. Zorgaanbieders zullen door middel van bijvoorbeeld prijs, kwaliteit en productdifferentiatie verzekeraars en verzekerden voor zich moeten winnen. De concurrentie stimuleert zo zorgaanbieders en zorgverzekeraars om hun aanbod goed op de vraag af te stemmen, de kwaliteit steeds te verbeteren en om kostenbewust te werken.
22. De keuze voor marktwerking in de zorgsector houdt niet in dat er geen ruimte meer is voor samenwerking. Van oudsher wordt in de zorgsector intensief samengewerkt om de zorg goed op de zorgvraag van de patiënt af te stemmen en om de kwaliteit van het aanbod op een hoger niveau te brengen. Samenwerkingsverbanden, en in bepaalde gevallen concentratie van zorgaanbod, kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het verbeteren van de kwaliteit van de zorg. De NMa staat in principe dan ook positief tegenover samenwerking in de zorgsector als die nodig is om de kwaliteit, efficiëntie en innovatie in de sector te vergroten. De voordelen van de samenwerking moeten wel ten gunste van de eindgebruiker, de patiënt en/of verzekerde komen.

⁶ Er zijn deelmarkten waar aanbodregulering geldt en deelmarkten waar een vorm van marktregulering geldt.

2.2 Ontwikkelingen in de zorgsector

23. Er is een aantal ontwikkelingen op het gebied van samenwerking in de zorgsector. In de eerste plaats bestaat er een tendens tot het beter coördineren van de zorg rondom de zorgvraag van de patiënt door het opzetten van integrale zorgketens. Een zorgketen is een samenwerkingsverband van verschillende typen instellingen en beroepsbeoefenaren in de zorg. Het doel van de samenwerking is een samenhangend, integraal aanbod voor specifieke patiëntencategorieën. Doordat de verschillende behandelaars van een specifieke patiëntencategorie de zorg die zij leveren procedureel en zorginhoudelijk op elkaar afstemmen, kan de kwaliteit van de zorg worden verbeterd. Keten zorg komt daardoor in beginsel de patiënt ten goede. Een voorbeeld is de ketenzorg rondom dementie waarbij zowel AWBZ- gefinancierde instellingen, zoals thuiszorg en verpleeghuizen, betrokken zijn als eerstelijns zorgaanbieders. Een ander voorbeeld is de gestage opzet van zorggroepen in de eerstelijns rondom bepaalde chronische ziekten, zoals diabetes en COPD. Voor een behandeling van de mededingingsrechtelijk relevante aspecten van ketenzorg zie paragraaf 6.3.3.2. Zoals aangegeven zal over zorggroepen een separaat kader verschijnen.
24. Het aanbieden van samenhangende en integrale zorg vindt steeds meer weerslag in de financiering van de zorg. Ook in de komende jaren zal in een steeds groter deel van de zorg prestatiebekostiging plaatsvinden. Met de invoering van prestatiebekostiging nemen de mogelijkheden voor onderlinge concurrentie toe.
25. De NMa signaleert daarnaast dat zorgaanbieders steeds meer een ‘full service-benadering’ hanteren. In plaats van één of meer specifieke zorgproducten aan te bieden, bieden zij een volledig (samenhangend) pakket van zorgproducten of –diensten aan.
26. De NMa signaleert tevens een tendens tot extramuralisering. Dit houdt in dat zorg die voorheen werd aangeboden in een intramurale setting steeds meer wordt vervangen door extramurale zorg. Een voorbeeld hiervan is de zorg die wordt geleverd in woonzorgcomplexen. Dit onderwerp wordt behandeld in paragraaf 6.3.3.3.
27. Ook worden er in de zorg steeds meer professionele standaarden ontwikkeld. Het kan daarbij gaan om protocollen voor het leveren van zorg, keurmerken en kwaliteitscertificaten. Hierbij wordt ook steeds meer duidelijkheid geschapen over de minimum kwaliteitseisen waaraan zorgaanbieders moeten voldoen. Dergelijke afspraken kunnen de kwaliteit van de zorg en de transparantie van het aanbod verhogen. Voor de mededingingsrechtelijke aspecten van het hanteren van professionele standaarden zie paragraaf 6.3.2.5.
28. De ontwikkeling van minimale kwaliteitseisen door het veld, bijvoorbeeld in de vorm van een minimum aantal verrichtingen bij zeer complexe behandelingen, kan leiden tot specialisatie in het aanbod van zorgproducten. Zorgaanbieders kiezen er in dat geval voor om zich toe te leggen op het leveren van één of meerdere specifieke vormen van zorg. Dit wordt mogelijk versterkt door het feit dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) met betrekking tot bepaalde vormen van zorg nadrukkelijk de minimale kwaliteitseisen handhaaft. Specialisatie kan enerzijds leiden tot een verbetering van de efficiëntie en de kwaliteit van de zorg die de patiënt ten goede kunnen komen. Anderzijds kunnen de keuzemogelijkheden van patiënten (sterk) afnemen als die specialisatie het

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

resultaat is van afstemming tussen vergelijkbare zorgaanbieders over wie welke zorg zal leveren. Een bijzondere vorm van specialisatie, namelijk de specialisatieovereenkomst, wordt behandeld in paragraaf 6.2.2.1. Overige aspecten van samenwerking tussen concurrenten komen aan de orde in paragraaf 6.3.2.

29. Misbruik van een economische machtspositie kan zowel voorkomen bij zorgverzekeraars als bij zorgaanbieders. Zorgverzekeraars hebben van de wetgever een belangrijke rol gekregen in het zorgstelsel. Het idee daarbij is dat een concurrerende zorgverzekeraar geprikkeld wordt om de beste zorg tegen de beste prijs in te kopen. Een sterke positie in de onderhandelingen is dan gunstig voor de verzekerden van die zorgverzekeraar. Een aanhoudende zorg bij sommige zorgaanbieders is dat zorgverzekeraars misbruik zouden maken van een economische machtspositie. In hoofdstuk 4 zullen we met name ingaan op de vraag in welke gevallen zorgverzekeraars misbruik zouden maken van een economische machtspositie.

2.3 Toezicht op mededinging

30. De hiervoor genoemde ontwikkelingen laten, zonder daarbij uitputtend te zijn, zien dat er veel vormen van samenwerking of concentratie bestaan die ten goede kunnen komen aan consumenten. Maar partijen kunnen - bedoeld of onbedoeld - door onderlinge afspraken of door concentratievorming ook juist de kwaliteit, innovatie en doelmatigheid van het aanbod verminderen. Want als door concentratie of samenwerking ook de concurrentie tussen partijen wegvalt, vervalt ook de keuzemogelijkheid voor patiënten en de prikkel voor zorgaanbieders om zich positief te onderscheiden in de kwaliteit van het zorgaanbod of de prijsstelling. Ook zullen zorgaanbieders dan minder snel geneigd zijn om voordelen door te geven aan de patiënt of via de zorgverzekeraar aan de verzekerden. Daarnaast kunnen partijen met een economische machtspositie in bepaalde gevallen misbruik maken van die positie. Ook dit kan leiden tot een beperking van de kwaliteit of een onterechte verhoging van prijzen. Daarom zijn er bepaalde regels waaraan marktpartijen zich moeten houden. Deze regels zijn neergelegd in de Mededingingswet op basis waarvan de NMa toezicht houdt.
31. Op grond van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (hierna: Wmg) is ook de NZa bevoegd om toezicht te houden op de mededinging in de zorgsector. Zo oordeelt de NZa of er sprake is van problemen op het gebied van marktwerking die het noodzakelijk maken om generieke regels op grond van artikel 45 Wmg vast te stellen. Ook oordeelt de NZa of er sprake is van verstoring van de werking van markten door een gebrek aan transparantie. Op grond van de artikelen 38 en 39 Wmg kan de NZa generieke regels stellen ten aanzien van transparantie. Ten slotte heeft de NZa ook ten aanzien van economische machtsposities of aanmerkelijke marktmacht een toezichthoudende rol. Met betrekking tot het toezicht op de mededinging in de zorgsector hebben dus zowel de NMa als de NZa een rol.

2.4 Rollen NMa en NZa

32. De NMa houdt toezicht op naleving van de Mededingingswet (Mw) en is onder meer belast met:
 - a. toezicht op en onderzoek naar overtredingen van het verbod op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst (kartelverbod); De NMa houdt toezicht op naleving van het kartelverbod, en zal optreden als ondernemingen afspraken maken die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen.
 - b. toezicht op en onderzoek naar overtredingen van het verbod voor ondernemingen om misbruik te maken van een economische machtspositie;
 - c. het toetsen van voorgenomen concentraties.
33. De NZa is ingesteld op basis van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (Wmg) en onder meer belast met:
 - a. het toezicht op (de marktstructuur van) de zorgverlenings-, zorgverzekerings- en zorginkoopmarkten en het marktgedrag van ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders op deze markten, alsmede het reguleren van deze markten, waaronder begrepen het reguleren van tarieven en prestaties. Toezicht op de markten vindt onder meer plaats door het vooraf opleggen van verplichtingen aan marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht (AMM), het stellen van generieke regels op grond van artikel 45 Wmg en het bevorderen van transparantie van markten en het sturen op het beschikbaar komen van keuze-informatie voor consumenten;
 - b. toezicht op de rechtmatige uitvoering door zorgverzekeraars van de Zorgverzekeringswet (Zvw);
 - c. toezicht op de rechtmatige en doelmatige uitvoering van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) door zorgverzekeraars, zorgkantoren en het Centraal administratiekantoor AWBZ.
34. De NMa en NZa hebben dus beide een rol in het toezicht op de mededinging in de zorgsector. De NMa heeft concentratiecontrole en handhaving van het kartelverbod als exclusieve bevoegdheid. Met betrekking tot organisaties met een economische machtspositie of, in termen van de Wmg, aanmerkelijke marktmacht, hebben zowel de NMa als de NZa een bevoegdheid. De NZa kan verplichtingen opleggen aan zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars⁷ als blijkt dat zij alleen of gezamenlijk over aanmerkelijke marktmacht beschikken. Deze verplichtingen zijn gericht op het voorkomen van misbruik. De NMa ziet toe op het verbod aan ondernemingen om misbruik te maken van een economische machtspositie. Hierbij kan de NMa sancties opleggen voor gedragingen in het verleden. (Bij een samenloop van bevoegdheden gaat de NZa voor, artikel 18 Wmg, zie paragraaf 2.4.1)

⁷ Onder ziektekostenverzekeraars verstaat artikel 1 Wmg zowel de zorgverzekeraars, de zorgkantoren, als de particuliere ziektekostenverzekeraars.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

35. Hierna is schematisch weergegeven in welk geval welke autoriteit bevoegd is ten aanzien van toezicht op mededinging in de zorgsector.

Bevoegdheidsverdeling NMa en NZa

Bevoegdheid	NMa	NZa
Handhaving kartelverbod	Bevoegd om kartels op te sporen en handhavend op te treden (art. 6 Mw)	Geen bevoegdheid.
Concentratiecontrole	Bevoegd om concentraties te beoordelen (art. 34 Mw)	Geen bevoegdheid. NMa vraagt of NZa een zienswijze wenst af te geven.
Toezicht op economische machtsposities/aanmerkelijke marktmacht	Handhaven verbod misbruik economische machtspositie (art. 24 Mw). Repressieve (ex post) toets van gedrag. Mogelijkheid om sancties op te leggen.	Kan vooraf verplichtingen opleggen aan marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht (artikel 48 Wmg). Preventieve (ex ante) toets van gedrag. Bij een samenloop van bevoegdheden heeft de NZa voorrang boven de NMa bij het oppakken van aanmerkelijke marktmacht.

36. Zowel de NMa als de NZa kan proactief optreden om consumentenbelangen te beschermen. Zo kan de NMa ook op eigen initiatief onderzoek doen naar misbruik van economische machtsposities, kartels en fusies die ten onrechte niet gemeld zijn en kan de NZa ambtshalve onderzoek doen naar AMM-situaties.
37. Hieronder staat ter illustratie een (niet uitputtende) opsomming van voorkomende situaties en de autoriteit die in eerste instantie de klacht of tip in behandeling zal nemen.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Behandeling door NMa of NZa?

Voorbeeldsituatie	Beoordeling	Autoriteit
Een patiënt meldt dat hij vermoedt dat twee instellingen hebben afgesproken geen patiënten van elkaar over te nemen.	Het betreft een vermoeden van een kartel (marktverdeling) dat de mededinging belemmert.	NMa
Een zelfstandig behandelcentrum voor orthopedie meldt dat het dominante ziekenhuis in de regio orthopedische zorg aanbiedt tegen prijzen die onder de kostprijs liggen.	Het betreft een vermoeden van aanmerkelijke marktmacht (misbruik van een economische machtspositie) door het ziekenhuis. In dit geval gaat het mogelijk om uitsluiting.	NZa ⁸
In bovenstaand voorbeeld blijkt het geen zelfstandige beslissing te zijn van het dominante ziekenhuis, maar een afspraak tussen het ziekenhuis en de zorgverzekeraar.	Het betreft nu een vermoedelijke afspraak <i>tussen</i> ondernemingen die de mededinging mogelijk belemmert (kartel) en niet van een gedraging van <i>één zelfstandige</i> onderneming. De NZa zal het signaal overdragen aan de NMa. Als het de melder op voorhand al duidelijk was dat het een afspraak (afstemming) tussen ondernemingen betrof had de melder zich direct tot de NMa kunnen richten.	NMa
Een individuele zorgaanbieder vindt dat de overeenkomst die hij van een zorgverzekeraar krijgt bepalingen bevat die hij nooit zou afspreken als hij minder afhankelijk zou zijn geweest van de betreffende zorgverzekeraar.	Het betreft een vermoeden van aanmerkelijke marktmacht (misbruik van een economische machtspositie) door de zorgverzekeraar. In dit geval gaat het mogelijk om uitbuiting.	NZa
Een individuele zorgaanbieder zou zich graag aansluiten bij een keten van zelfstandige zorgaanbieders. De zorgaanbieders in de keten hebben echter met elkaar afgesproken geen nieuwe concurrenten toe te laten.	Het betreft een vermoeden van afstemming tussen concurrenten die de mededinging beperkt (kartel). In dit geval gaat het mogelijk om uitsluiting.	NMa
Een huisarts wil zich aansluiten bij een huisartsenpost voor de avond-, nacht- en weekenddiensten. Op onduidelijke gronden wordt dit door de post geweigerd. De huisartsenpost is een zelfstandige onderneming.	Het betreft een mogelijk geval van aanmerkelijke marktmacht (misbruik van een economische machtspositie) door de huisartsenpost. Dit is een voorbeeld van uitsluiting. Het verschil met het bovenstaande geval is dat het hier een beslissing van een zelfstandige onderneming (zorgaanbieder) betreft en niet een afspraak tussen concurrerende ondernemingen (zorgaanbieders).	NZa
Twee zorginstellingen willen fuseren. De instellingen hebben ieder een jaaromzet van EUR 70 miljoen.	Het betreft een meldingsplichtige concentratie.	NMa

⁸ Waar in deze tabel de NZa als eerst aangewezen toezichthouder wordt genoemd is ook de NMa bevoegd om op te treden. Op basis van de voorrangsregel is bepaald dat de NZa als eerste aanspreekpunt fungeert.

38. De NMa en de NZa werken nauw samen om hun eigen taken effectiever uit te kunnen oefenen. De twee organisaties hebben op basis van artikel 17 Wmg een samenwerkingsprotocol gesloten waarbij de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang of bij overlap van bevoegdheden is uitgewerkt.⁹ De NMa en de NZa zullen elkaar met raad en daad bijstaan in de uitvoering van hun taken. Zij hebben onder meer de mogelijkheid om op grond van artikel 90 en 91 Mw en artikel 70 Wmg, onderling informatie uit te wisselen. De samenwerking beoogt op deze wijze ook een vermindering van de administratieve lasten voor marktpartijen. Ook zullen de NMa en de NZa elkaar over en weer consulteren en naar elkaar doorverwijzen als de andere toezichthouder beter toegerust is om op te treden.
39. Zorgkantoren en gemeenten zijn geen ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Om die reden vallen zij dan ook niet onder het toezicht van de NMa. Dit laat onverlet dat zorgaanbieders, die wel als onderneming worden aangemerkt, wel onder de Mededingingswet en daarmee onder het toezicht van de NMa vallen. Dat zij op verzoek van een zorgkantoor of gemeenten zorg leveren doet hier niet aan af. Op grond van de Wmg vallen zorgkantoren wel onder het toezicht van de NZa.

2.4.1 Samenloop bevoegdheden NMa en NZa: misbruik van machtspositie en aanmerkelijke marktmacht

40. Samenloop van bevoegdheden kan bestaan bij de handhaving door de NMa van het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Ook de NZa heeft namelijk bevoegdheden ten aanzien van zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars met (gezamenlijke) aanmerkelijke marktmacht. Zo kan zij aan deze partijen specifieke verplichtingen opleggen, zoals bijvoorbeeld de verplichting om een bepaalde berekeningsmethode voor de kostprijs van een product te hanteren.¹⁰ Het verschil is dat de NMa de bevoegdheid heeft om te handhaven wanneer zij misbruik van een economische machtspositie heeft vastgesteld, terwijl de NZa de bevoegdheid heeft om ook verplichtingen op te leggen in situaties waarin er nog geen sprake is van misbruik, maar een belemmering van de mededinging zich zou kunnen voordoen gericht op het voorkomen van misbruik. De NZa dient zich bij de uitoefening van haar bevoegdheden omtrent aanmerkelijke marktmacht te richten naar de uitleg van begrippen die de NMa hanteert bij de toepassing van het mededingingsrecht. Voor die gevallen waar mogelijk sprake is van een samenloop van bevoegdheden, bepaalt artikel 18 Wmg dat de NZa als eerste aan zet is.
41. Hoofddlijn van deze voorrangsregeling en de samenwerkingsafspraken tussen de NMa en de NZa is dat bij samenloop van bevoegdheden de beide autoriteiten bevorderen dat belanghebbenden zich in eerste instantie wenden tot de NZa. Van deze hoofddlijn kan worden afgeweken als de NZa en de NMa gezamenlijk vaststellen dat een zaak op basis van effectiviteit van het wettelijke instrumentarium, uit efficiëntie of uit andere overwegingen, beter door de NMa of door de NMa en de NZa gezamenlijk kan worden behandeld. De NMa en NZa verwijzen naar elkaar door indien een

⁹ Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang (hierna: Samenwerkingsprotocol NMa-NZa), 10 oktober 2006, www.nmanet.nl.

¹⁰ Beleidsregel en toelichting Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg, 20 oktober 2008, www.nza.nl.

belanghebbende zich tot één van beide toezichthouders wendt, die niet bevoegd is of zich niet aangewezen acht.”¹¹

2.4.2 Rolverdeling bij concentraties

42. Alleen de NMa is bevoegd om een voorgenomen concentratie te beoordelen. De NZa kan zowel in de meldings- als vergunningsfase een zienswijze afgeven over de gemelde concentratie. De NZa onderzoekt dan of de concentratie nadelige gevolgen zou hebben voor publieke belangen: betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van zorg. De NMa zal de zienswijze van de NZa in haar beoordeling betrekken. Als er verschillende inzichten bestaan, zal de NMa een eventuele afwijking van de zienswijze in haar besluit gemotiveerd aangeven. De IGZ geeft input aan de NZa over mogelijke kwaliteitseffecten bij een voorgenomen fusie. In de Wmg is bepaald dat de NZa het kwaliteitsoordeel van de IGZ volgt. Aangezien concentratiecontrole een exclusieve bevoegdheid is van de NMa, komt het daarnaast ook voor dat er tijdens een behandeling van een zaak direct contact is tussen de IGZ en de NMa, bijvoorbeeld voor een nadere toelichting op specifieke kwaliteitsaspecten in een zaak.

2.5 Algemeen beoordelingskader NMa

2.5.1 Hoe toetst de NMa?

43. De Mededingingswet kent twee vormen van toezicht, namelijk toezicht op de structuur van de markt (bijvoorbeeld het aantal zorgverzekeraars of het aantal zorgaanbieders) en toezicht op gedragingen op de markt (bijvoorbeeld de afspraken tussen zorgverzekeraars of zorgaanbieders). Zo zal een voorgenomen concentratie de structuur van een markt veranderen. Omdat een structuur niet eenvoudig kan worden hersteld, vergt dit toezicht vooraf (ex ante toezicht). De NMa beoordeelt daarom op voorhand of het aannemelijk is dat een voorgenomen concentratie de marktstructuur zodanig zal veranderen dat dit de mededinging op die markt significant belemmert.
44. Het maken van afspraken tussen ondernemingen is een voorbeeld van gedragingen op een markt. Dergelijke gedragingen worden door de NMa alleen achteraf getoetst (ex post toezicht). Het systeem van de Mededingingswet komt er ten aanzien van de gedragingen (kartelvorming en misbruik van een economische machtspositie) op neer dat ‘wat niet is verboden, is toegestaan’. Het past niet bij dit systeem en de toezichtsrol van de NMa om alle voorgenomen samenwerkingsvormen vooraf te toetsen. Voor de beoordeling van overeenkomsten of samenwerkingsvormen geldt steeds een ‘case by case’ benadering, waarbij in ieder afzonderlijk geval gekeken wordt naar de concrete omstandigheden. Zorgaanbieders en zorgverzekeraars moeten vooraf zelf beoordelen of hun gedrag in overeenstemming is met de Mededingingswet. Dit wordt ‘self-assessment’ genoemd.
45. De noodzaak voor een casuïstische benadering wordt misschien nog wel vergroot door de bijzondere kenmerken van de zorgsector. De context bepaalt deels of sprake is van een verboden belemmering van de mededinging. Zo kan een bepaalde afstemming tussen concurrerende

¹¹ Samenwerkingsprotocol NMa-NZa, artikel 2.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

zorgaanbieders de mededinging belemmeren maar tegelijk noodzakelijk zijn om de zorg aan te kunnen bieden. Dergelijke afstemming is dan ook mogelijk toegestaan, zie ook hoofdstuk 6.

46. In bepaalde gevallen is de NMa bereid om door middel van een toelichting aan marktpartijen advies te geven inzake de mededingingsrechtelijke aspecten en risico's van hun gedragingen. Dit advies zal in veel gevallen mondeling worden gegeven.

De NMa kan op verzoek van partijen een informele zienswijze geven over de interpretatie van de Mededingingswet, in gevallen die voldoen aan alle volgende voorwaarden:

1. er is sprake van een nieuwe rechtsvraag;
2. er is sprake van een groot maatschappelijk en/of economisch belang;
3. de door verzoeker aangeleverde informatie moet voldoende zijn om een informele zienswijze op te kunnen stellen (zodanig dat er geen nader feitelijk onderzoek door de NMa nodig is);
4. in de prioriteiten van de NMa is ruimte voor het geven van een informele zienswijze in deze specifieke casus.

2.6 Overzicht van bevoegdheden van de NMa

47. Om een gedegen beoordeling te kunnen maken van bepaalde gesignaleerde gedragingen en om bijvoorbeeld klachten te kunnen verifiëren, heeft de NMa informatie nodig. Informatie verkrijgt de NMa door haar bevoegdheden te gebruiken. In deze paragraaf wordt kort ingegaan op de bevoegdheden van de NMa. Een uitgebreide beschrijving vindt u in de brochure 'Bevoegdheden van de NMa'.¹² Hierin wordt ook uitgelegd hoe de bevoegdheden in de praktijk worden toegepast.
48. De belangrijkste bevoegdheden van de NMa zijn de volgende:
- a. Het betreden van plaatsen zoals bedrijfsruimtes en vervoermiddelen;¹³
 - b. Het betreden van woningen;¹⁴
 - c. Inlichtingen vorderen, zowel in mondelinge als schriftelijke vorm;¹⁵
 - d. Inzage vorderen, dat wil zeggen de bevoegdheid zakelijke gegevens en bescheiden in te zien en te kopiëren.¹⁶
49. Op basis van verkregen informatie kan de NMa het noodzakelijk achten actie te ondernemen. De NMa beschikt ten aanzien van overtredingen van het kartelverbod of bij misbruik van een economische machtspositie over diverse handhavingsinstrumenten. De belangrijkste zijn:
- a. het accepteren van een toezegging;
 - b. het geven van een bindende aanwijzing;
 - c. het opleggen van een last onder dwangsom;
 - d. het opleggen van een bestuurlijke boete;
 - e. het opleggen van een structurele maatregel;
 - f. het intrekken, wijzigen of schorsen van een (leverings)vergunning of een ontheffing.

¹² Brochure 'Bevoegdheden van de NMa', NMa oktober 2009, www.nmanet.nl.

¹³ Artikel 5:15 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

¹⁴ Bevoegdheid op grond van artikel 55 Mw.

¹⁵ Bevoegdheid op grond van artikel 5:16 Awb.

¹⁶ Bevoegdheid op grond van artikel 5:17 Awb.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Onderstaand wordt kort ingegaan op de handhavingsinstrumenten toezegging en boetes. Voor een uitgebreide beschrijving, zie de beleidsregel Handhaving.¹⁷ Over de handhavingsinstrumenten voor concentraties wordt in hoofdstuk 5 kort ingegaan.

50. Op grond van artikel 49a Mw heeft de NMa de bevoegdheid tot het bindend verklaren van toezeggingen gedaan door ondernemingen en ondernemingsverenigingen. Deze toezeggingen houden in dat zij hun gedrag, dat mogelijk in strijd is met de Mededingingswet, aantoonbaar staken of niet (meer) vertonen.
51. Het is een bevoegdheid die de NMa kan toepassen, als aan alle drie voorwaarden is voldaan:
 - a. de NMa is van oordeel dat met de toezegging de onderneming of ondernemersvereniging zal handelen in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid, van de Mededingingswet;
 - b. er is sprake van een controleerbare naleving van de toezegging en
 - c. de NMa is ervan overtuigd dat de toezegging in het concrete geval doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.
52. De aanvraag tot het nemen van een toezeggingsbesluit moet bovendien betrekking hebben op bepaalde specifieke en concrete gedragingen van de betrokken ondernemingen. De verklaring van een onderneming om in de toekomst de Mededingingswet na te leven, voldoet hier niet aan.¹⁸ De bevoegdheid van de NMa tot het bindend verklaren van toezeggingen is een discretionaire bevoegdheid. Als er aan alle voorwaarden voldaan wordt dan kan de NMa de aanvraag honoreren, maar de NMa is daar niet toe verplicht. De betrokken ondernemingen kunnen een toezeggingsbesluit aanvragen zowel voor of na het opmaken van een rapport door de NMa (artikel 59 Mw), maar voordat de NMa een sanctiebesluit vastgesteld heeft (artikel 62 Mw). Als het moment van de aanvraag te vroeg of te laat in de procedure valt, kan de NMa de aanvraag afwijzen.
53. Bij overtreding van het kartelverbod of van het verbod op het misbruik van een economische machtspositie kan de NMa de betrokken ondernemingen een boete opleggen. Boetes kunnen oplopen tot maximaal 10 procent van de totale jaaromzet van de onderneming. Ook kan de NMa een boete opleggen aan de persoon die is aan te merken als opdrachtgever of feitelijk leidinggever met betrekking tot de ondernemingsgedraging. Persoonlijke boetes bedragen maximaal EUR 450.000.

2.7 Clementie in kartelzaken

54. Ondernemingen en bepaalde natuurlijke personen die betrokken zijn of zijn geweest bij een kartel, kunnen algehele boetevrijstelling of een boeteverlaging krijgen. Voorwaarde is dat zij tijdig een verzoek hiertoe (clementieverzoek) indienen bij het clementiebureau van de NMa en volledige medewerking verlenen tijdens de procedure. Bij een natuurlijke persoon moet het gaan om iemand aan wie de NMa een boete kan opleggen omdat hij of zij is aan te merken als opdrachtgever of

¹⁷ 'Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit', Staatscourant, nr 63, 1 april 2009.

¹⁸ Zie het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 11 februari 2009 in zaak 6435, rnr. 31- 36.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

feitelijk leidinggever met betrekking tot het kartel zoals bedoeld in artikel 51 Wetboek van Strafrecht (hierna: 'persoon'). In deze Richtsnoeren gaan we kort in op de clementiemogelijkheid. Voor de volledige beleidsregels wordt verwezen naar de Beleidsregels Clementie en Toelichting op Beleidsregels Clementie.¹⁹

55. *Wie kan een clementieverzoek indienen?*

- een onderneming
- een natuurlijk persoon voor zichzelf
- meerdere personen tegelijk voor henzelf, mits werkzaam bij dezelfde onderneming

56. *Wat levert een clementieverzoek op?*

De eerste clementieverzoeker uit een kartel kan een boete geheel ontlopen. Mede afhankelijk van het tijdstip van indiening, de vraag of de NMa al een onderzoek naar het kartel is gestart en de waarde van de informatie die met het clementieverzoek wordt verstrekt, kan een verzoeker de volgende clementie krijgen:

Plaats in de clementierangorde	Onderzoek NMa al gestart	Clementiecategorie	Boetevermindering
*1e *	Nee	A	100 procent
1e *	Ja	B	60–100 procent
2e of volgende	Eventueel	C	10–40 procent

/

**Als een eerste clementieverzoeker een andere onderneming zou hebben gedwongen aan het kartel deel te nemen, komt hij in aanmerking voor categorie C*

57. Het is altijd mogelijk om informeel (op anonieme of 'hypothetische' basis) van gedachten te wisselen met de clementiefunctionaris van de NMa. Een dergelijk gesprek blijft vertrouwelijk als dit niet leidt tot een clementieverzoek en een clementietoezegging.
58. Ondernemingen of natuurlijke personen die voor kartelvorming beboetbaar zijn, kunnen (eventueel anoniem) bij het clementiebureau navragen of categorie A nog beschikbaar is. Dit moet via een advocaat. De NMa zal alleen antwoord geven als de advocaat namens zijn cliënt toezegt het clementieverzoek onmiddellijk in te dienen als categorie A nog beschikbaar is.

¹⁹ Beleidsregels Clementie en Toelichting op Beleidsregels Clementie oktober 2009; www.nmanet.nl.

3 Algemeen kader: het begrip ‘onderneming’ en de ‘relevante markt’

59. De NMa controleert de naleving van de Mededingingswet. De Mededingingswet is van toepassing op ondernemingen en schrijft onder andere voor dat bepaalde concentraties niet tot stand mogen worden gebracht voordat ze gemeld zijn bij de NMa en een termijn van 4 weken is verstreken. Daarnaast verbiedt de Mededingingswet ondernemingen misbruik te maken van hun machtspositie en afspraken te maken die de mededinging belemmeren, zoals bijvoorbeeld prijsafspraken en marktverdelingsafspraken.
60. Het begrip ‘onderneming’ wordt in dit hoofdstuk uiteen gezet. De begrippen machtspositie en misbruik worden gedefinieerd in hoofdstuk 4, het begrip concentratie wordt uiteengezet in hoofdstuk 5 en de begrippen overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging en besluit van een ondernemersvereniging komen aan bod in hoofdstuk 6.

3.1 Onderneming

61. Onder het begrip onderneming in de zin van de Mededingingswet wordt verstaan elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van deze eenheid en haar wijze van financiering.²⁰ Het leveren van goederen of diensten tegen een vergoeding is in principe een economische activiteit.²¹ Als een rechtspersoon niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar handelt volgens instructies die al dan niet rechtstreeks door zijn 100 procent moedermaatschappij worden gegeven, vormt deze tezamen met zijn moedermaatschappij een economische eenheid en dus één *onderneming* in mededingingsrechtelijke zin. Voor de bepaling van het begrip onderneming in de zin van de Mededingingswet is de juridische vorm niet bepalend. Het begrip onderneming valt dus niet noodzakelijkerwijze samen met het begrip ‘rechtspersoon’ en kan, afhankelijk van de omstandigheden, worden gevormd door meerdere rechtspersonen tezamen. Ook natuurlijke personen die economische activiteiten uitoefenen worden als onderneming aangemerkt.

Zorgaanbieders

62. Zorgaanbieders kunnen worden aangemerkt als ondernemingen. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het besluit van de NMa in zaak 165/*Sophia Ziekenhuis - Ziekenhuis-Verpleeghuis De Weezenlanden*, waarin is vastgesteld dat ziekenhuizen ondernemingen zijn voor zover zij activiteiten tegen vergoeding verrichten. Dergelijke activiteiten zijn economische activiteiten. Immers, de ziekenhuizen verrichten diensten: zij bieden verpleegkundige hulp, een medisch-specialistisch dienstenpakket²² en verpleeghuiszorg aan. Daarnaast doen zij röntgen- en laboratoriumonderzoek ten behoeve van huisartsen, stellen zij bedden ter beschikking, bieden zij voedsel en drank aan

²⁰ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 april 1991, *Höfner en Elser*, C-41/90, Jur. 1991, p. 1979, r.o. 21 en beschikking van de Europese Commissie van 30 januari 1995, *Coapi*, Pb. 1995, L 122/37, ov. 32-33.

²¹ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 16 juni 1987, *Commissie t. Italië*, C-118/85, Jur. 1987, p. 2599, r.o. 7.

²² Onder meer omvattende: interne geneeskunde, chirurgie, cardiologie, gynaecologie, oogheelkunde, keel-, neus- en ooraandoeningen, neurologie, anesthesie, en radiodiagnostiek.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

etcetera. Voor het verrichten van deze diensten ontvangen zij als tegenprestatie vergoedingen van zorgverzekeraars en verzekerden. Dat ziekenhuizen en andere zorgaanbieders aan overheidsregelgeving onderworpen zijn, sluit niet uit dat sprake is van het verrichten van economische activiteiten.²³

63. Ook thuiszorgaanbieders kunnen worden gekwalificeerd als ondernemingen. Dat blijkt onder andere uit de besluiten in zaken 5851/*Thuiszorg 't Gooi* en 6108/*Thuiszorg Kennemerland*. Thuiszorgaanbieders verrichten economische activiteiten, aangezien zij thuiszorgdiensten aanbieden op een markt en hiervoor een vergoeding ontvangen van het zorgkantoor, de gemeente, of de cliënten zelf.
64. Niet alleen instellingen maar ook vrije beroepsbeoefenaren zoals bijvoorbeeld huisartsen, zijn aan te merken als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. In het besluit in zaak 513/*Landelijke Huisartsenvereniging* concludeert de NMa dat individuele, vrijgevestigde huisartsen ondernemingen zijn, aangezien zij zelfstandig economische activiteiten van commerciële aard ontplooiën, bestaande uit het aanbieden van huisartsenzorg op duurzame basis.²⁴ Dit betekent dat de Mededingingswet ook van toepassing is op huisartsen.

Zorgverzekeraars/ Zorgkantoren

65. Zorgverzekeraars zijn ook ondernemingen in de zin van de Mededingingswet omdat zij economische activiteiten verrichten.²⁵ Zij bieden ziektekostenverzekeringen aan en kopen zorg in.²⁶ Ook artikel 122 Zvw bepaalt dat zorgverzekeraars ondernemingen zijn in de zin van de Mededingingswet.
66. In het visiedocument AWBZ-zorgmarkten van januari 2004, heeft de NMa vastgesteld dat zorgkantoren niet kunnen worden aangemerkt als ondernemingen waar het gaat om hun activiteiten met betrekking tot de volksverzekering AWBZ. Dit geldt ook als het gaat om het inkopen van AWBZ-zorg. De uitvoering van de taken van de zorgkantoren komt ten laste van de AWBZ. De aanspraken uit de AWBZ liggen vast op grond van de wet en verzekerden zijn automatisch bij een zorgverzekeraar voor de AWBZ-verzekering ingeschreven. Er is dus geen sprake van een economische activiteit maar van een mechanische wetstoepassing.²⁷ Zorgkantoren kunnen daarom

²³ Zie besluit van de d-g NMa van 5 juni 1998 in zaak 165/*Sophia Ziekenhuis- Ziekenhuis-Verpleeghuis De Weezenlanden*, rnr. 16-27.

²⁴ Zie besluit van de d-g NMa van 12 april 2001 in zaak 513/*Landelijke Huisartsenvereniging*, rnr. 71.

²⁵ Als in dit document wordt gesproken over zorgverzekeraars, wordt ervan uitgegaan dat zij optreden in de hoedanigheid van verzekeraar. In de gevallen dat zij optreden als zorgaanbieder, zoals in het geval waarin een zorgverzekeraar zeggenschap heeft over een apotheek, worden zij geschaard onder het begrip zorgaanbieder.

²⁶ Zie besluit van de Raad van Bestuur NMa van 9 oktober 2006 in zaak 5154/*VGZ-IZA-Trias- Univé*.

²⁷ De conclusie dat zorgkantoren voor de AWBZ geen onderneming in de zin van de Mededingingswet zijn, is mede gebaseerd op het arrest *Fenin* (Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 10 november 2005, *Fenin*, C-205/03, Jur. 2006, p. 6295). Het Europese Hof van Justitie heeft in de zaak *Fenin* geoordeeld dat de beheersorganen van het Spaanse nationale gezondheidsstelsel geen ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn. In haar overwegingen stelt het Hof dat wanneer een entiteit producten inkoopt, deze entiteit niet als gevolg van het enkele feit dat er ingekocht wordt kan worden aangemerkt als een onderneming in de zin van het Mededingingsrecht. In *Fenin* was er namelijk geen sprake van het aanbieden van deze goederen of diensten op een bepaalde markt in het kader van een economische activiteit. De entiteit handelde niet als onderneming, aangezien werd ingekocht puur en alleen in een sociale context en de goederen of diensten gratis werden aangeboden aan de burger.

niet aangemerkt worden als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. De Mededingingswet is dan ook niet van toepassing op zorgkantoren.²⁸ De Mededingingswet is wel van toepassing op zorgaanbieders die AWBZ-zorg aanbieden. Ook houdt de NMa, bijvoorbeeld in haar toezicht op de totstandkoming van concentraties, wel rekening met eventuele afnemersmacht van zorgkantoren ter disciplinerende van het ontstaan van een economische machtspositie van de aanbieders.

3.2 Afbakening van de relevante markt

67. In het mededingingsrecht is de afbakening van de relevante markt vaak een belangrijk hulpmiddel bij het maken van de mededingingsrechtelijke analyse. De relevante markt van een product of een dienst A omvat alle producten en diensten die als alternatief kunnen worden gezien voor A en waarmee dus concurrentiedruk uitgeoefend wordt op de producent van A.²⁹ Het afbakenen van de markt kan van belang zijn om de positie te bepalen van de onderneming die betrokken is bij een concentratie, een mededingingsbeperkende overeenkomst of misbruik van een economische machtspositie is ten opzichte van andere ondernemingen op de markt. Marktaandelen kunnen behulpzaam zijn om bijvoorbeeld de impact te beoordelen van een gedraging op de concurrentieverhoudingen op die markt. Immers, wanneer bijvoorbeeld een concentratie of mededingingsbeperkende overeenkomst tot stand komt tussen twee ondernemingen met hoge marktaandelen, zal dit meer impact hebben dan wanneer de marktaandelen van de betrokken ondernemingen klein zijn. Bij kleine marktaandelen in een concurrerende markt zullen patiënten of verzekerden namelijk meer keuzemogelijkheden overhouden en zullen zorgaanbieders of zorgverzekeraars daardoor meer geneigd zijn om eventuele voordelen uit de overeenkomst door te geven aan de patiënt of verzekerde als gevolg van de concurrentiedruk en de mogelijkheid van patiënten of verzekerden om over te stappen. Overigens is niet altijd een exacte afbakening van de relevante markt noodzakelijk.³⁰ Wel zal – zoals steeds geldt – een onderzoek naar de relevante omstandigheden voor de casus moeten plaatsvinden.
68. De relevante markt heeft twee dimensies, te weten: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. Hierna wordt nader ingegaan op beide dimensies en worden enkele voorbeelden gegeven. Opgemerkt wordt dat de afbakening van de relevante markt steeds een ‘case by case’ benadering vraagt. Zeker in de zorgsector is er, als gevolg van wijzigingen in wet- en regelgeving en het inspelen daarop door zorgaanbieders en zorgverzekeraars, sprake van markten die in beweging zijn.
69. Ondanks het feit dat markten in beweging zijn, kunnen eerdere besluiten van de NMa, de Europese Commissie of het Hof van Justitie van de Europese Unie een handvat bieden bij de afbakening van de relevante markt in een concreet geval. De Europese Commissie heeft in een Bekendmaking

²⁸ Zorgkantoren vallen wel onder het toezicht van de NZa.

²⁹ In deze Richtsnoeren wordt veelvuldig gesproken over ‘markten’ (bijvoorbeeld: zorgmarkt, verzekerdenmarkt, inkoopmarkt). De betekenis van het begrip ‘markt’ hoeft in een gegeven context niet altijd samen te vallen met het mededingingsrechtelijke begrip ‘markt’ zoals dat in deze paragraaf wordt omschreven.

³⁰ Zie arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen van 6 juli 2000, *Volkswagen vs. Commissie*, T-62/98, Jur. 2000, p. 2707, ro. 230-231.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

aangegeven op welke wijze zij de begrippen relevante productmarkt en relevante geografische markt toepast bij haar toezicht op de naleving van het mededingingsrecht.³¹ Deze Bekendmaking is ook voor de NMa een belangrijke leidraad.

Relevante productmarkt

70. Volgens de Bekendmaking van de Europese Commissie omvat de 'relevante productmarkt' alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.³² Het gaat dus om producten die met elkaar concurreren. Om de relevante productmarkt vast te stellen is het onder meer nodig om de specifieke kenmerken van het betreffende product en het beoogde gebruik daarvan te analyseren. Op basis daarvan kan vastgesteld worden welke andere producten een mogelijk alternatief vormen voor het betreffende product. Daarnaast kan het van belang zijn om de prijsgevoeligheid van de afnemer van het product te bepalen. Als afnemers ondanks een (grote) prijsstijging van product A niet voor product B kiezen, kan dit betekenen dat product A en B niet met elkaar concurreren en dus niet tot dezelfde productmarkt behoren.
71. De belangrijkste bron van concurrentiedruk op aanbieders van een bepaald product is de mogelijkheid van de afnemer om op andere producten over te stappen. Dit wordt ook wel 'vraagsubstitutie' genoemd. Concurrentiedruk kan ook ontstaan doordat bepaalde ondernemingen, die nu nog andere goederen produceren, makkelijk en snel het betreffende product op de markt zouden kunnen brengen omdat zij alle bronnen en expertise in huis hebben. Als een zorgaanbieder die nu alleen product A levert gemakkelijk ook product B zou kunnen leveren, oefent deze zorgaanbieder dus concurrentiedruk uit op zorgaanbieders die product B leveren. Voorwaarde hiervoor is dat de betreffende aanbieders daadwerkelijk kunnen overschakelen op de productie van het product dan wel de levering van een bepaalde dienst en deze op korte termijn op de markt kunnen brengen zonder aanzienlijke bijkomende kosten of risico's. De vakterm hiervoor is 'aanbodsubstitutie'.

Relevante geografische markt

72. Naast de relevante productmarkt moet ook de relevante geografische markt afgebakend worden. Volgens de eerdergenoemde Bekendmaking omvat de 'relevante geografische markt' het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.³³ Het gaat dus om het geografische gebied waarbinnen de betreffende ondernemingen actief zijn en waarbinnen zij van andere ondernemingen concurrentiedruk ondervinden. De relevante geografische markt kan qua omvang bijvoorbeeld lokaal, regionaal, landelijk of Europees zijn. Ondernemingen die actief zijn op verschillende relevante geografische markten zijn in de regel geen concurrenten van elkaar.

³¹ Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 1997 C372, p. 5.

³² Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 1997 C372, p. 5, rnr. 7.

³³ Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 1997 C372, p. 5, rnr. 8.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

73. Bij de afbakening van de geografische markt in de zorgsector spelen onder meer de reisbereidheid en reistijden van patiënten een belangrijke rol. Patiënten laten bij hun keuze voor een zorgaanbieder de reistijd vaak een rol spelen. Vanuit de patiënt bezien is de behoefte aan zorg vaak lokaal of regionaal. In dat geval zal de relevante geografische markt vanuit de vraagzijde (de patiënt) klein (lokaal) zijn.³⁴ De reisbereidheid van de patiënt hangt af van het type zorg. Voor meer specialistische vormen van zorg zal de patiënt eerder bereid zijn om meer reistijd te accepteren. In dat geval zal de omvang van de relevante geografische markt groter zijn.

Voorbeeld 1

Twee ondernemingen die zorg voor verstandelijk gehandicapten aanbieden willen fuseren. Het concentratietoezicht is op deze concentratie van toepassing. Met welke factoren moet onder meer rekening worden gehouden bij het afbakenen van de relevante geografische markt?

Antwoord:

In de fusiezaak *Vizier/De Wendel* over aanbieders van zorg voor verstandelijk gehandicapten heeft de NMa onderzoek gedaan naar factoren die de relevante geografische markt bepalen. Er is nader onderzoek gedaan naar voorkeuren van cliënten of ouders/begeleiders (waar wil een cliënt het liefst gaan wonen). Dit is gedaan aan de hand van onder meer wachtlijst- en herkomstgegevens van cliënten die reeds woonachtig zijn in instellingen van de betrokken partijen. Ook bleek uit wetenschappelijk onderzoek dat sociale netwerken van cliënten van grote betekenis zijn voor de behandeling en ondersteuning. Cliënten wijzen bijna allemaal hun familie aan als belangrijkste relatie. Omgekeerd bleek de betrokkenheid van de familie van cliënten in de huizen groot. Uit het verrichte onderzoek volgde dat het aannemelijk is dat de geografische markt een klein gebied rond de betrokken instellingen vormt.

74. Bij de afbakening van de relevante geografische markt kan aanbodssubstitutie een rol spelen. Er moet daarom worden nagegaan of aanbieders hun werkgebied kunnen vergroten door relatief eenvoudig op korte termijn en zonder al te hoge investeringen activiteiten in een andere (naburige) regio te gaan ontplooiën. In dat geval oefenen zij concurrentiedruk uit op aanbieders in de naburige regio en kunnen de relevante geografische markten mogelijk ruimer zijn dan dat vanuit de vraagzijde (de patiënt) het geval is.
75. Hierna wordt ter illustratie ingegaan op de wijze waarop de NMa in eerdere besluiten naar de afbakening van markten in de zorgsector heeft gekeken.

³⁴ Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 15 juli 2004 in zaak 3897/*Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*. In deze zaak deed de NMa onderzoek naar de geografische omvang van de markt voor algemene ziekenhuiszorg. De NMa heeft in dit verband de reisbereidheid van patiënten in de regio Het Gooi onderzocht.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Zorgverzekeringen

76. Consumenten sluiten een verzekering af met een zorgverzekeraar ter financiering of verstrekking van de zorg. In eerdere zaken heeft de NMa bekeken op welke relevante productmarkten de zorgverzekeraars actief zijn. In zaak 5682/*Delta Lloyd-Agis-Menzis*³⁵ is de mogelijkheid opengelaten dat er binnen de markt voor zorgverzekeringen aparte markten bestaan voor de basisverzekering en de aanvullende zorgverzekering. Daarnaast is er bekeken of daarbinnen mogelijk aparte markten bestaan voor individuele en collectieve zorgverzekeringen en of nader onderscheid moet worden gemaakt tussen zorgverzekeringen in natura en via restitutie. Voor deze concrete zaak was het niet noodzakelijk alle mogelijke deelmarkten te onderzoeken en heeft de materiële beoordeling zich toegespitst op de zorgverzekeringsmarkt.
77. In zaak 5105/*VGZ-IZA-Trias*³⁶ is de NMa voor de geografische afbakening van de relevante markt voor zorgverzekeringen uitgegaan van mogelijke provinciale markten. Reden daarvoor is gelegen in het 'regionaal mechanisme'.³⁷ Het regionaal mechanisme houdt in dat zorgverzekeraars met van oudsher sterke regionale posities beter in staat zijn dan andere verzekeraars om gunstige onderhandelingsresultaten op het gebied van de inkoop van zorg te boeken. Deze voordelen kunnen vervolgens door de regionaal sterke zorgverzekeraars worden benut voor een gunstiger aanbod van regiospecifieke (natura)polissen. De inwoners van de betreffende regio zullen in dat geval in beginsel een voorkeur hebben voor de regionale zorgpolis van de sterke regionale verzekeraar, waardoor het moeilijker wordt voor andere zorgverzekeraars een substantiële marktpositie op te bouwen of te handhaven. Deze voorkeur kan zo sterk zijn dat de regionaal sterke verzekeraar geen concurrentiedruk ondervindt van andere verzekeraars.
78. De invoering van de Zvw per 1 januari 2006 heeft geleid tot een aantal, voor de geografische marktafbakening mogelijk relevante ontwikkelingen. Zo is wettelijk vastgesteld dat zorgverzekeraars met meer dan 850.000 verzekerden als werkgebied geheel Nederland hebben.³⁸ Een groot aantal verzekerden is daarnaast overgestapt of heeft zich aangesloten bij een collectiviteit. Als gevolg van deze ontwikkelingen is in de zaak 5682/*Delta Lloyd-Agis-Menzis* de conclusie getrokken dat er sprake is van een duidelijke tendens naar een landelijke markt voor zorgverzekeringen.³⁹ Toch valt op basis van het hiervoor beschreven regionale mechanisme niet uit te sluiten dat in bepaalde gebieden structureel van de landelijke markt afwijkende concurrentieverhoudingen kunnen voorkomen, waardoor in die gevallen wel sprake zou kunnen zijn van kleinere geografische markten.

Zorginkoop

79. Zorgverzekeraars, en in sommige gevallen de patiënt⁴⁰, onderhandelen met zorgaanbieders over de in te kopen zorg, het volume, de kwaliteit en de tarieven. Ook tussen zorgaanbieders onderling wordt zorg ingekocht en vinden onderhandelingen plaats.

³⁵ Zie het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 10 oktober 2006 in zaak 5682/*Delta Lloyd-Agis-Menzis*, nrns. 18 tot en met 32.

³⁶ Zie het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 23 november 2005 in zaak 5105/*VGZ-IZA-Trias*, nr. 39.

³⁷ Eveneens verwoord in NMa, *Monitor Financiële Sector 2005*, hoofdstuk 5: De geografische dimensie van de zorgverzekeringsmarkt.

³⁸ Artikel 29 Zorgverzekeringswet.

³⁹ Zie het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 10 oktober 2006 in zaak 5682/*Delta Lloyd-Agis-Menzis*, nr. 45.

⁴⁰ Hierbij kan het gaan om niet verzekerde zorg of om zorg waarvoor eigen betalingen gelden, maar ook om de situatie waarin de patiënt zorg inkoopt door middel van een persoonsgebonden budget.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

80. Onder de Zvw wordt door de zorgverzekeraars zorg ingekocht voor polissen waar zorg deels in natura wordt aangeboden. Het is denkbaar dat op de markt of markten voor de inkoop van zorg een nader onderscheid kan worden gemaakt naar bijvoorbeeld type beroepsgroep (tandarts, huisarts, fysiotherapeut e.d.), type instelling (ziekenhuis, verzorgingshuis e.d.) of type hulpmiddel.⁴¹ Per geval moet worden beoordeeld of het gaat om één inkoopmarkt, of dat een nadere onderverdeling noodzakelijk is.
81. Zoals eerder aangegeven kan de fysieke afstand tot de zorgaanbieder een belangrijke factor zijn bij de keuze voor een bepaalde zorgaanbieder. Zorgverzekeraars worden als gevolg van de op hen rustende zorgplicht⁴² bij het inkopen van zorg gestuurd door de behoeften van hun verzekerden. Zo is de verwachting bijvoorbeeld dat de inkoopmarkt voor huisartsenzorg doorgaans lokaal zal zijn. Het is tenslotte niet goed voorstelbaar dat een patiënt uit Den Haag gebruik zal maken van een huisarts in Amsterdam.

Zorgverlening

82. De zorgaanbieder verleent zorg aan de patiënt. Er bestaan afzonderlijke productmarkten voor de verschillende soorten zorg, geleverd door verschillende aanbieders/beroepsgroepen (bijvoorbeeld ziekenhuizen, verpleeghuizen, thuiszorginstellingen, apothekers, fysiotherapeuten, oefentherapeuten, huisartsen of tandartsen). Deze vormen van zorg zijn immers voor de patiënten niet of nauwelijks uitwisselbaar. Er gaat van een fysiotherapeut geen concurrentiedruk uit op een tandarts. De NMa heeft in verschillende zaken beoordeeld wat de relevante markten zijn waarop aanbieders zich begeven. Hieronder wordt ter illustratie de afbakening van de relevante productmarkt in een aantal sectoren beschreven.

Farmaceutische hulpverlening

83. Bij de beoordeling van overeenkomsten tussen apotheken is de NMa uitgegaan van een relevante productmarkt die farmaceutische hulpverlening omvat. Daaronder wordt verstaan de verstrekking van voorgeschreven receptgeneesmiddelen, de bijbehorende zorg als medicatiebewaking en voorlichting, verstrekking van hulpmiddelen en zelfzorggeneesmiddelen.⁴³
84. De relevante geografische markt voor deze farmaceutische hulpverlening is afgebakend als een lokale markt, te weten de gemeente waar de betrokken apotheken gevestigd waren.⁴⁴ Reden hiervoor was dat het overgrote deel van de bij de apotheken ingeschreven patiënten afkomstig was uit de vestigingsplaats.

Zorg voor verstandelijk gehandicapten

85. Een ander voorbeeld kan worden gevonden in de zorg voor verstandelijk gehandicapten. In zaak 4245/ *Vizier – De Wendel* heeft de NMa aangegeven dat er nader onderscheid gemaakt moet worden tussen intramurale en extramurale zorg voor verstandelijk gehandicapten. In het zelfde onderzoek is

⁴¹ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 7 juli 2005 in zaak 5052/CZ – OZ, rnr. 47 en 48.

⁴² Zie artikel 11 Zorgverzekeringswet.

⁴³ Zie het besluit van de d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501/ *Dienstapothek Regio Assen*, rnr. 69 en 71 en het besluit van de d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2688/ *Stadsapotheken Tilburg*, rnr. 84.

⁴⁴ Zie het besluit van de d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501/ *Dienstapothek Regio Assen*, rnr. 74 en 75 en het besluit van de d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2688/ *Stadsapotheken Tilburg*, rnr. 92.

ook geconcludeerd dat bijzondere klinieken zoals speciale crisiscentra of kindercentra met bijzondere extra functies een aparte productmarkt vormen naast de intramurale zorg voor verstandelijk gehandicapten.⁴⁵

Geestelijke gezondheidszorg

86. In het besluit in zaak 5632/*GGZ Noord-Holland-Noord – GGZ Dijk en Duin*⁴⁶ is door de NMa aangegeven dat er een aparte productmarkt voor niet-klinische geestelijke gezondheidszorg (GGZ) voor volwassenen en ouderen is. GGZ voor kinderen en jeugdigen wordt voortsnog als een aparte productmarkt beschouwd. Dit wordt bevestigd in het besluit in zaak 6068/*AMC de Meren – JellinekMentrum*⁴⁷. De niet-klinische GGZ wordt beschouwd als één heterogene productmarkt waarin geïntegreerde GGZ-instellingen concurreren met vrijgevestigden en niet-geïntegreerde GGZ-aanbieders. Ten aanzien van de klinische GGZ is geconcludeerd dat de kortdurende en langdurige GGZ deel uit maken van dezelfde productmarkt. Met betrekking tot de geografische markt in deze zaak is onderzocht of de markt ruimer zou moeten worden afgebakend dan de regio Amsterdam en Diemen omdat patiënten steeds meer bereid zouden zijn om voor klinische en niet-klinische GGZ te reizen. Uit het onderzoek bleek echter dat er onvoldoende concrete aanwijzingen zijn dat het reisgedrag in de nabije toekomst daadwerkelijk zal veranderen en er dus onvoldoende aanleiding is om de markt ruimer af te bakenen.

Ziekenhuiszorg

87. Zorgaanbieders die actief zijn in de algemene ziekenhuiszorg kunnen actief zijn op de afzonderlijke productmarkt voor klinische zorg of op de productmarkt voor niet-klinische zorg.⁴⁸ De NMa heeft voortsnog in het midden gelaten of een nader onderscheid moet worden gemaakt naar (clusters van) specialismen omdat een dergelijk onderscheid voor de beoordelingspraktijk nog niet nodig was. De ontwikkelingen ten aanzien van Diagnose Behandeling Combinaties (DBC's) en de toekomstige DBC's op weg naar transparantie (DOT) kunnen mogelijk een reden zijn om in de toekomst wel een nader onderscheid te maken. De NMa houdt deze ontwikkelingen in de gaten.

Huishoudelijke zorg en Persoonlijke verzorging en verpleging

88. Voor zorgverlening op grond van de AWBZ heeft de NMa geoordeeld dat een onderscheid moet worden gemaakt naar extramurale en intramurale AWBZ-zorg.⁴⁹ Binnen de extramurale AWBZ-zorg worden vervolgens de huishoudelijke verzorging enerzijds en persoonlijke verzorging en verpleging anderzijds als afzonderlijke productmarkten aangemerkt.⁵⁰ Met ingang van 2007 is de huishoudelijke verzorging overgeheveld naar de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). Vanaf dat moment zijn de gemeenten verantwoordelijk voor de inkoop van huishoudelijke verzorging en niet meer de zorgkantoren. Binnen de intramurale AWBZ-zorg wordt onderscheid gemaakt in

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 7 maart 2005 in zaak 4245/*Vizier – De Wendel*, rnr. 17 e.v.

⁴⁶ Besluit van de Raad van Bestuur van 2 november 2006 in zaak 5632/*GGZ Noord-Holland-Noord – GGZ Dijk en Duin*, rnr. 39.

⁴⁷ Besluit van de Raad van Bestuur van 16 april 2008 in zaak 6068/*AMC de Meren – JellinekMentrum*, rnr. 17 e.v.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 18 november 2005 in zaak 5196/*Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, rnr. 8 tot en met 13.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 31 december 2004 in zaak 4295/*Stichting Icare – Sensire – Thuiszorg Groningen*, rnr. 13.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur van 18 augustus 2005 in zaak 4988/*Oosterlengte – Thuiszorg Groningen – Sensire*, rnr. 11 e.v.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

verzorgingshuiszorg en verpleeghuiszorg⁵¹, waarbij binnen de laatste weer nader onderscheid wordt gemaakt in somatische verpleeghuiszorg en psychogeriatrische verpleeghuiszorg.⁵²

Geografische marktafbakening in de zorgsector

89. De NMa is in diverse besluiten over concentraties op het gebied van de AWBZ ervan uitgegaan dat de omvang van de relevante geografische markt ten minste het werkgebied van een aanbieder omvat en niet ruimer is dan een zorgkantoorregio.⁵³ Hierbij is gekeken naar onder meer de herkomst van cliënten en de voorkeuren van cliënten om dichtbij huis zorg te verkrijgen.⁵⁴ Ook wordt onderzocht in hoeverre aanbieders in andere gebieden dan hun eigen werkgebied actief kunnen worden. Dergelijke overwegingen spelen ook een rol bij de vaststelling van de relevante geografische markt voor verzorgingshuiszorg, verpleeghuiszorg, GGZ en ziekenhuiszorg. In concentratiezaken is onder meer bekeken wat de reistijd voor het merendeel van de patiënten is naar het huidige ziekenhuis en het ziekenhuis waarmee zal worden gefuseerd. Dat wordt afgezet tegen de reistijd naar alternatieve ziekenhuizen in de omgeving. Zo kan worden bekeken in hoeverre ziekenhuizen – niet zijnde de fusiepartners – reële alternatieven zijn voor de patiënten en of er na de concentratie voldoende keuzemogelijkheden overblijven.⁵⁵
90. Hiervoor is een korte schets gegeven van een aantal mogelijke markten binnen de zorgsector en de wijze waarop de NMa dergelijke analyses uitvoert. Zoals duidelijk moge zijn, is de zorgsector erg in ontwikkeling. In iedere zaak zal de NMa daarom toetsen of de ontwikkelingen in deze sector leiden tot een andere marktafbakening.

⁵¹ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur van 11 augustus 2005 in zaak 4198/*Proteion – TML – LvGG*, rnr. 18 tot en met 23.

⁵² Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur van 4 november 2005 in zaak 4212/*De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*, rnr. 18 tot en met 34.

⁵³ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa in zaak 4988/*Oosterlengte- Thuiszorg Groningen- Sensire* en het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 28 juli 2006 in zaak 5206/*Pantein – STBNO*, rnr. 25 e.v.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld het besluit de d-g NMa van 7 maart 2005 in zaak 4245/*Vizier – De Wendel*, rnr. 58 e.v.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa in zaak 5196/*Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, rnr. 15 e.v.

4 Misbruik economische machtspositie

91. In hoofdstuk 2 is al ingegaan op de bevoegdheidsverdeling tussen de NMa en de NZa met betrekking tot machtsposities in de zorgsector. In eerste instantie beoordeelt de NZa machtsposities in de zorgsector. Van deze afspraak kan worden afgeweken als op basis van effectiviteit van het wettelijke instrumentarium, uit efficiëntie of uit andere overwegingen, de situatie beter door de NMa beoordeeld kan worden. In het verleden heeft de NMa met betrekking tot misbruik van een economische machtspositie in de zorgsector met name klachten ontvangen over de machtspositie van zorgverzekeraars (als inkopers van zorg) ten opzichte van individuele extramurale zorgaanbieders.⁵⁶ Dit hoofdstuk spitst zich daarom toe op dit vraagstuk van inkoopmacht.⁵⁷
92. Artikel 24 Mw verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Het hebben van een economische machtspositie op zichzelf is niet in strijd met de Mededingingswet.⁵⁸ Een economische machtspositie kan namelijk het resultaat zijn van bijzondere prestaties, zoals bijvoorbeeld een hoge mate van innovatie en technologische kennis, efficiënte verkoop- en distributiekanaalen, ervaring en reputatie, schaalvoordelen en andere omstandigheden die een voorsprong kunnen geven op de concurrenten.
93. Een onderneming met een economische machtspositie is evenwel in staat zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of de eindgebruikers. Daarom gelden voor een dergelijke onderneming strengere regels dan voor een onderneming zonder een economische machtspositie. Dat is nodig om de mededinging te beschermen en daarmee de belangen van eindgebruikers.⁵⁹

4.1 Definitie economische machtspositie

94. Veel ondernemingen hebben een bepaalde mate van marktmacht, bijvoorbeeld omdat hun product of dienst zodanig gepositioneerd is dat het relatief weinig concurrentiedruk ondervindt. Marktmacht is echter niet hetzelfde als een economische machtspositie. Van een economische machtspositie wordt gesproken als een onderneming in staat is de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door de mogelijkheid zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers te gedragen.⁶⁰ De Wmg spreekt in dat geval van aanmerkelijke marktmacht.

⁵⁶ In een recente studie gaat de NMa uitgebreid in op de onderhandelingspositie van zorgverzekeraars en individuele zorgaanbieders. Zie Visiedocument 'Individueel en collectief onderhandelen tussen vrijgevestigde extramurale zorgaanbieders en zorgverzekeraars' NMa, december 2009.

⁵⁷ Zie voor het algemene kader ook de brochure 'Misbruik van een economische machtspositie', www.nmanet.nl.

⁵⁸ Wijzigingen in de structuur van ondernemingen door fusies en overnames kunnen ook leiden tot het vormen of versterken van een economische machtspositie. Hierop is het in de Mededingingswet opgenomen concentratietoezicht van toepassing, zie hoofdstuk 6.

⁵⁹ Daarnaast kan de NZa krachtens de Wet Marktordening Gezondheidszorg verplichtingen opleggen aan ondernemingen in de zorg met een positie van Aanmerkelijke Marktmacht. Over de bevoegdheidsverdeling tussen NMa en NZa is reeds gesproken in hoofdstuk 2.

⁶⁰ Zie de definitie in artikel 1, onder i, Mw. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 24 mei 1977, in zaak 85/76, *Hoffmann La Roche v Commissie*, Jur. 1978, p. 207.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

95. Van een economische machtspositie kan sprake zijn als een onderneming over een hoog marktaandeel op de relevante markt beschikt en er hoge toetredingsdrempels zijn. Dit kan zich manifesteren op de aanbodzijde (verkoopmacht) en/of op de vraagzijde (inkoopmacht) van de relevante markt. Bij verkoopmacht of inkoopmacht is het van belang om zich te realiseren dat de Mededingingswet zich richt op het uiteindelijke effect (voordeel of nadeel) voor de eindgebruiker en niet in de eerste plaats op de marges van de leveranciers of inkopers. Zo zal de vraag of inkoopmacht schadelijk kan zijn voor de mededinging sterk afhangen van de positie die de inkoper heeft op zijn verkoopmarkt. Wanneer een sterke inkoper op de verkoopmarkt voldoende concurrentiedruk ondervindt, zal deze partij het voordeel dat hij behaalt als sterke inkoper moeten doorgeven aan zijn klant, omdat die anders overstappen naar de concurrent.

4.2 Factoren om een economische machtspositie te bepalen

96. Om te bepalen of er sprake is van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw, en dus niet enkel van marktmacht, zal in veel gevallen ook de relevante markt worden afgebakend. In hoofdstuk 3 is al ingegaan op het afbakenen van relevante markten in de zorgsector en zijn enkele voorbeelden daarvan gegeven.
97. Om de positie van de betrokken onderneming op de relevante markt te bepalen wordt vervolgens gekeken naar de marktstructuur en de daaruit af te leiden marktaandelen. Marktaandelen vormen echter slechts een eerste aanwijzing voor het vaststellen van een economische machtspositie.
98. Het marktaandeel moet in zijn context worden gezien om te beoordelen of er werkelijk sprake is van een economische machtspositie. Daarbij geldt dat rekening moet worden gehouden met mogelijke sterke fluctuaties van het marktaandeel, bijvoorbeeld door de marktaandelen over een langere periode te bestuderen. Bovendien kan een hoog marktaandeel onder meer worden gecompenseerd door de posities van concurrenten en de afnemers. Het is mogelijk dat de concurrenten ook over sterke posities beschikken of andere voordelen hebben zoals netwerken, nieuwe technologieën en grotere financiële reserves, waardoor de betrokken onderneming een relatief hoog marktaandeel heeft, maar zich niet onafhankelijk kan gedragen. Als de afnemers van de betrokken onderneming sterke spelers zijn, kunnen ook zij de betrokken onderneming mogelijk disciplineren.
99. Ook in de relatie tussen inkoper en leverancier is het van belang naar andere factoren te kijken dan alleen naar het aandeel van de inkoper op de inkoopmarkt. Zo is het van belang te weten via welke andere kanalen de zorgaanbieder zijn diensten kan leveren. In de zorgsector speelt daarnaast bijvoorbeeld ook een mogelijke informatievoorsprong (informatieasymmetrie) aan de kant van de verkopende partij, de zorgaanbieder. Verder kan wetgeving de positie van partijen versterken of verzwakken. Zo volgt uit de wettelijke zorgplicht voor zorgverzekeraars dat zij altijd voldoende zorg van voldoende kwaliteit moeten inkopen. Dit beperkt de mogelijkheden van een zorgverzekeraar om het aanbod van een zorgaanbieder naast zich neer te leggen.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

100. Naast bovengenoemde aspecten moeten ook de toetredingsmogelijkheden tot de betrokken markt in het onderzoek worden meegenomen. Het is mogelijk dat een onderneming een aanzienlijk marktaandeel heeft, maar dat (potentiële) concurrenten relatief eenvoudig en binnen een relatief korte termijn tot de markt kunnen toetreden en daarmee de betrokken onderneming kunnen disciplineren. In dat geval is de positie van de onderneming mogelijk minder sterk dan uit het marktaandeel blijkt. Dit kan anders zijn als de markt gekenmerkt wordt door (hoge) toetredingsdrempels. Als er hoge toetredingsdrempels zijn, is het moeilijk voor nieuwkomers om toe te treden tot de betreffende markt waardoor er weinig concurrentiedruk is voor de gevestigde partijen op die markt. Toetredingsdrempels kunnen bijvoorbeeld bestaan als gevolg van wet- en regelgeving. Bijvoorbeeld als een nieuwe toetreder aan hoge financiële (solvabiliteits)eisen moet voldoen om te kunnen toetreden. Toetredingsdrempels kunnen ook gelegen zijn in het feit dat een nieuwe toetreder grote investeringen moet doen of dat de gevestigde partij over een grote naamsbekendheid beschikt.

Voorbeeld 2

65 procent van de verzekerden in regio X is verzekerd bij zorgverzekeraar A. Is er sprake van een economische machtspositie bij de zorgverzekeraar als inkoper van huisartsenzorg in de betreffende regio?

Antwoord:

Dit voorbeeld illustreert dat, zoals hierboven is beschreven, het antwoord afhangt van veel factoren. Er is dus geen algemeen geldend antwoord te geven. Bij de beantwoording van de vraag in een specifiek geval zal de NMa onder meer onderzoeken welke alternatieven huisartsen in de regio X hebben om betaalde zorg aan te bieden aan patiënten in regio X. Bijvoorbeeld doordat een deel van de zorg buiten het verzekeringspakket valt of een deel van de patiënten een restitutiepolis heeft en dus niet gebonden is aan gecontracteerde zorgaanbieders. Ook kan worden onderzocht of andere zorgverzekeraars al dan niet relatief eenvoudig kunnen toetreden tot de regio. Daarnaast kan de machtspositie van een zorgverzekeraar mogelijk gerelativeerd worden door de zorgplicht.

Zorgverzekeraars zijn verplicht om voldoende zorg in te kopen. Van belang is ook dat huisartsen in de regio over tegenmacht kunnen beschikken. Een huisarts heeft immers extra voorsprong omdat hij als enige over informatie beschikt over het zorgproduct dat aan een patiënt moet worden geboden, en dit slechts tegen zeer hoge kosten door de verzekeraar of patiënt gecontroleerd kan worden. Het feit dat een huisarts in veel gevallen een langdurige relatie met de patiënt heeft, versterkt deze informatievoorsprong en zal de geneigdheid van een patiënt om van huisarts te veranderen verminderen. De patiënt zal mogelijk eerder geneigd zijn om naar een andere zorgverzekeraar over te stappen. Ook dit aspect vergroot de onderhandelingsmacht van huisartsen en verkleint die van zorgverzekeraars. Het hoge marktaandeel van de zorgverzekeraar levert in dit geval dus niet automatisch een economische machtspositie op.

4.3 Vormen van misbruik en hun schadelijke effecten

101. Zoals eerder is opgemerkt wordt art. 24 van de Mededingingswet pas overtreden als een onderneming over een economische machtspositie beschikt en deze vervolgens ook misbruikt door concrete feitelijke gedragingen in de markt. In de eerder genoemde klachten van zorgaanbieders over zorgverzekeraars worden twee vormen van mogelijk misbruik genoemd: onredelijke contractvoorwaarden en de weigering om (individueel) te onderhandelen.
102. Bij de beoordeling van dergelijke gedragingen is de belangrijkste vraag of en op welke wijze zij het concurrentieproces verstoren en hoe zij de consument schade kunnen berokkenen. In het kader van de genoemde klachten over een vermoeden van misbruik van inkoopmacht door zorgverzekeraars, kan dit als volgt worden toegelicht.
103. Misbruik van inkoopmacht kan inhouden dat een dominante zorgverzekeraar als inkoper van zorg de toegang voor andere zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt verhindert. Dit kan zodanig zijn dat die concurrerende zorgverzekeraars ook niet meer kunnen opereren op de verkoopmarkt van de dominante zorgverzekeraar. Dit is een vorm van uitsluiting. Ook zouden eventuele nieuwe zorgverzekeraars niet meer op de verzekeringsmarkt kunnen toetreden. De (potentieel) concurrerende zorgverzekeraars zouden in dat geval op de verzekeringsmarkt namelijk niet voldoende zorg aan hun verzekerden kunnen garanderen. Dit heeft tot gevolg dat de dominante zorgverzekeraar minder gedisciplineerd wordt. Verzekerden zouden min of meer gedwongen zijn om de zorgverzekering bij de dominante zorgverzekeraar af te sluiten. De dominante zorgverzekeraar creëert op deze wijze een economische machtspositie op de verzekeringmarkt, waardoor de verzekerde of patiënt met een relatief slechter (toekomstig) product kan worden geconfronteerd, dan onder ongestoorde concurrentie het geval zou zijn geweest.

4.3.1 Onredelijke voorwaarden in inkoopcontracten

104. In het geval van klachten van zorgaanbieders over te lage tarieven en andere leveringsvoorwaarden heeft de NMa misbruik niet aannemelijk geacht, mede omdat aannemelijk is dat zorgverzekeraars op de verkoopmarkt niet over een economische machtspositie beschikken.⁶¹ In dat geval mag worden aangenomen dat de verzekeraar producten of diensten inkoopt tegen voorwaarden waarvan hij inschat dat hij zijn klanten het beste kan bedienen en hij zich voordelig onderscheidt van zijn concurrenten. Omdat de inkopende partij voldoende moet kunnen inkopen is niet aannemelijk dat dit tot bijvoorbeeld structureel te lage prijzen of onredelijke voorwaarden zal leiden. Op het moment dat voorwaarden zodanig slecht zijn dat onvoldoende zorgaanbieders nog een contract willen of kunnen tekenen en als gevolg daarvan van de markt moeten verdwijnen, snijdt de zorgverzekeraar zichzelf in de vingers omdat hij zijn klanten niet meer kan bedienen.

⁶¹ Zie besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 31 mei 2006 in zaak 5142/KNGF.

4.3.2 Weigering om (individueel) te onderhandelen

105. Een zorgverzekeraar die weigert om een contract aan te gaan met een zorgaanbieder of die weigert met individuele zorgaanbieders te onderhandelen over een door hem voorgelegd (standaard)contract maakt niet op voorhand misbruik van een economische machtspositie. Ook niet als zou zijn aangetoond dat deze zorgverzekeraar over een economische machtspositie beschikt. Van misbruik kan sprake zijn als de inhoud van het aangeboden contract zou leiden tot uitbuiting van zorgaanbieders of uitsluiting van concurrenten, zodanig dat de verzekerde met een relatief slechter (toekomstig) product wordt geconfronteerd. Alleen als er voldoende aanwijzingen zijn voor een dergelijke verstoring van de markt waarop de zorgaanbieder zijn diensten aanbiedt kan de NMa aanleiding zien voor nader onderzoek.⁶² Zoals in paragraaf 4.3.1 is beschreven, is een dergelijke verstoring van de markt niet aannemelijk zolang zorgverzekeraars op de verzekeringmarkt concurreren waardoor de verzekerde de keuze heeft tussen verschillende zorgverzekeraars en polissen en zolang de inhoud van het (standaard)contract geen aanleiding geeft om marktversturende ontwikkelingen te vermoeden.

⁶² College van Beroep voor het bedrijfsleven van 24 november 2009, *Nederlandse Vereniging van Mondhygiënisten v NMa*, AWB 07/736 en College van Beroep voor het bedrijfsleven van 24 november 2009, *Van der Werff v NMa*, AWB 07/737

5 Concentratiecontrole

106. Naast het toezicht op het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie houdt de NMa ook toezicht op fusies, overnames en de totstandkoming van bepaalde gemeenschappelijke ondernemingen (*joint ventures*) in Nederland. Dit concentratietoezicht is preventief: de NMa toetst vooraf of een concentratie de mededinging kan beperken. Zolang een concentratie, die onder het concentratietoezicht van de NMa valt (zie hierna) niet is gemeld en de NMa de concentratie niet binnen de wettelijk vastgestelde termijn heeft beoordeeld, is het verboden de concentratie tot stand te brengen.
107. Concentraties van ondernemingen kunnen resulteren in machtige ondernemingen die dominant genoeg zijn om op een bepaalde markt de concurrentie significant te beïnvloeden of uit te schakelen. Om te voorkomen dat dit zal gebeuren, moeten concentraties waarbij ondernemingen zijn betrokken die bepaalde omzetrempels overschrijden, bij de NMa worden gemeld.

5.1 Vormen van concentraties

108. Concentraties tussen daadwerkelijke concurrenten of potentiële concurrenten op dezelfde relevante markt, worden *horizontale concentraties* genoemd. Concentraties tussen niet-concurrenten worden *niet-horizontale concentraties* genoemd. Onder deze categorie vallen (i) verticale concentraties, dat wil zeggen concentraties tussen ondernemingen die elk in een verschillend stadium van de totstandkoming van een dienst of product actief zijn (zoals farmaceutische groothandels en apotheken, of zorgverzekeraars en zorgaanbieders); en (ii) conglomerate concentraties. Dit zijn concentraties tussen aanbieders in gerelateerde markten, zoals ziekenhuizen en thuiszorginstellingen.
109. De Mededingingswet onderscheidt daarnaast drie soorten concentraties naar type, namelijk: fusies, overnames en bepaalde typen *joint ventures*. Om te bepalen of sprake is van een concentratie in de zin van de Mededingingswet moet worden gekeken naar wijzigingen in de zeggenschap in de betrokken ondernemingen. De zeggenschap waarop hier wordt gedoeld⁶³, ziet op de mogelijkheid om een beslissende invloed met betrekking tot de strategische en commerciële beslissingen van een onderneming uit te oefenen. Het gaat hier niet om de uitoefening van het dagelijks bestuur van een onderneming, maar om belangrijke beslissingen zoals het benoemen en ontslaan van bestuurders en het goedkeuren van het bedrijfsplan en het budget.⁶⁴
110. Om te bepalen of sprake is van een concentratie in de zin van de Mededingingswet moet worden gekeken naar wijzigingen in de zeggenschap in de betrokken ondernemingen. Het gaat hier niet om de uitoefening van het dagelijks bestuur van een onderneming, maar om belangrijke beslissingen

⁶³ Zie ook Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, p. 7, rnr. 16.

⁶⁴ Zie ook Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, p. 18, rnr. 67.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

zoals het benoemen en ontslaan van bestuurders en het goedkeuren van het bedrijfsplan en het budget.⁶⁵

111. Een *fusie* betreft twee of meer zelfstandige ondernemingen die opgaan in één nieuwe onderneming. Van een fusie is ook sprake wanneer juridisch geen fusie plaatsvindt, maar de activiteiten van voorheen onafhankelijke ondernemingen zodanig gecombineerd worden dat er een *economische eenheid* ontstaat (een 'bestuurlijke fusie'). Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als twee zorginstellingen weliswaar als afzonderlijke rechtspersonen blijven voortbestaan, maar bij overeenkomst een gemeenschappelijk ondernemingsbestuur in het leven roepen. Als dit in feite leidt tot het samengaan van de betrokken ondernemingen in een werkelijke economische eenheid, wordt de operatie als een fusie beschouwd.⁶⁶ In paragraaf 3.1 is nader ingegaan op de vraag wanneer er sprake is van één economische eenheid.

Voorbeeld 3

Stichting Ziekenhuis A en Stichting Ziekenhuis B zijn van plan te fuseren middels de vorming van een personele unie. Kan hierdoor een meldingsplichtige concentratie in de zin van de Mededingingswet ontstaan?

Antwoord:

Ja, de vorming van een personele unie van bestuurders van verschillende stichtingen kan ook leiden tot een concentratie die bij de NMa gemeld moet worden. Dit is het geval als de bestuurders binnen elke stichting een beslissende invloed krijgen op het strategische commerciële beleid, bijvoorbeeld door de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de directie van deze stichtingen. Doordat in alle betrokken stichtingen dezelfde bestuurders zitting hebben, zullen zij bij het nemen van de beslissingen (de mogelijkheid hebben om) rekening te houden met beslissingen in/voor andere stichtingen.

112. Bij een *overname* verkrijgt een onderneming zeggenschap over een andere onderneming, bijvoorbeeld door het kopen van een pakket aandelen of activa⁶⁷. Het verkrijgen van de zeggenschap houdt in dat die partij een beslissende invloed krijgt op de activiteiten van de over te nemen onderneming.
113. Een *joint venture* is een gemeenschappelijke onderneming die onder leiding staat van twee of meer bestaande ondernemingen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan twee ziekenhuizen die samen een zelfstandig behandelcentrum oprichten dat knieoperaties gaat uitvoeren. Het concentratietoezicht is beperkt tot joint ventures die een compleet bedrijf vormen, dat wil zeggen die

⁶⁵ Zie ook Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, p. 18, rnr. 67.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 28 juli 2006 in zaak 5206/*Stichting Pantein - Stichting Thuiszorg Brabant Noord-Oost*, het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 16 november 2005 in zaak 5186/*Carint - Reggeland*, rnr. 4. Voor de totstandbrenging van een concentratie door de oprichting van een holdingstichting met daarin een gezamenlijke Raad van Bestuur; zie het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 13 september 2007 in zaak 5886/*Medisch Centrum Alkmaar - Gemini*, rnr. 4 en 5.

⁶⁷ Zie voor een activa transactie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van bestuur van de NMa van 9 september 2008 in zaak 6417/*Thuiszorgservice Nederland - Thuiszorg Nederland* en het besluit van de Raad van bestuur van de NMa van 23 maart 2009 in zaak 6632/*Asito - Meavita Hulp Den Haag*.

duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen.⁶⁸ Dit worden full-function joint ventures genoemd. De voorwaarden voor de toepasselijkheid van het concentratietoezicht zijn dus de volgende:

- a. Er is sprake van gezamenlijke zeggenschap over de joint venture;
- b. Beoogd is dat de joint venture op duurzame basis werkzaam zal zijn;⁶⁹
- c. De joint venture vervult alle functies van een zelfstandige eenheid. Dit houdt in dat (i) de joint venture over de vrijheid en over voldoende middelen beschikt om alle functies van een zelfstandig bedrijf te kunnen ontplooiën en (ii) dat zij niet alleen functies ten behoeve van de moeders ontplooit.⁷⁰

114. Als een joint venture alleen wordt opgericht om bijvoorbeeld een kortdurend project, laboratoriumfuncties, de administratie of andere ondersteunende diensten uit te voeren, zonder dat de joint venture ook activiteiten voor andere ondernemingen, is geen sprake van een onderneming die zelfstandig actief is op de markt en dus ook niet van een full-function joint venture.⁷¹ De joint venture hoeft dan niet gemeld te worden bij de NMa. Op de samenwerking is wel het karteltoezicht van toepassing. Zie hiervoor hoofdstuk 6. Het kan echter zijn dat een samenwerkingsverband niet als een full-function joint venture start, maar door bepaalde omstandigheden wel overgaat in een full-function joint venture, bijvoorbeeld wanneer een bepaald project overgaat in een structurele organisatie. Op dat moment wordt de joint venture beschouwd als een concentratie en zal dus mogelijk gemeld moeten worden bij de NMa.

5.2 Belangrijke procedurele bepalingen

5.2.1 Omzetrempels

115. In het algemeen is het concentratietoezicht alleen van toepassing op concentraties waarbij de ondernemingen gezamenlijk in het kalenderjaar voorafgaand aan de concentratie in totaal meer dan EUR 113.450.000 wereldwijd omzetten en minstens twee van hen binnen Nederland elk een jaaromzet van minimaal EUR 30.000.000 realiseren. Voor de zorgsector heeft de Minister van Economische Zaken echter besloten om deze drempelwaarden met ingang van 1 januari 2008 voor een periode van 5 jaar te verlagen.⁷² Dit houdt in dat een concentratie in de zorgsector bij de NMa gemeld moet worden als de ondernemingen gezamenlijk in het kalenderjaar voorafgaand aan de

⁶⁸ Zie ook Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, p. 23, rnr. 92.

⁶⁹ Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, rnr. 103.

⁷⁰ Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, rnr. 94.

⁷¹ Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, p. 24, rnr. 95.

⁷² Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, Staatsblad 2007, 518. De reden voor de verlaging van de drempelwaarden voor de zorgsector is dat voordien concentraties in de zorg 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 vielen.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

concentratie in totaal meer dan EUR 55.000.000 wereldwijd omzetten, minstens twee van hen binnen Nederland elk een jaaromzet van minimaal EUR 10.000.000 realiseren en ten minste twee van hen elk een jaaromzet van minimaal EUR 5.500.000 met het verlenen van zorg behalen. De eerste twee omzeldrempels maken geen onderscheid naar omzet die gegenereerd wordt binnen en buiten de zorg. Ook omzet die gegenereerd wordt buiten de zorg moet worden meegerekend. Als de omzetten van de betrokken ondernemingen niet boven de genoemde drempelwaarden uitkomen, hoeft een concentratie niet vooraf gemeld te worden bij de NMa.⁷³

116. De verlaagde omzeldrempels gelden dus alleen voor concentraties waarbij ten minste twee van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar met het verlenen van zorg, ieder afzonderlijk een omzet heeft behaald van meer dan EUR 5.500.000.⁷⁴ Met het verlenen van zorg wordt bedoeld het verlenen van AWBZ-zorg⁷⁵, het verlenen van gezondheidszorg (zoals in ziekenhuizen, door huisartsen en apothekers⁷⁶, ambulancezorg⁷⁷ en het verlenen van huishoudelijke zorg, gefinancierd uit de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (zoals door thuiszorgorganisaties)⁷⁸. Voorbeelden van activiteiten van zorgaanbieders die buiten het toepassingsbereik van de verlaagde omzeldrempels vallen, zijn het verlenen van forensische GGZ⁷⁹ en het leveren van geneesmiddelen aan groothandels en apotheken.

	Gezamenlijke wereldwijde omzet	Individuele omzet in Nederland van ten minste twee ondernemingen	Individuele omzet behaald met het verlenen van zorg van ten minste twee ondernemingen
Normale drempels	EUR 113.450.000	EUR 30.000.000	N.v.t.
Verlaagde ('zorg') drempels	EUR 55.000.000	EUR 10.000.000	EUR 5.500.000

5.2.2 Gegevensverstrekking

117. Concentraties moeten gemeld worden met behulp van het volledig ingevuld Formulier melding concentratie (hierna: Meldingsformulier).⁸⁰ De NMa heeft de 'Leidraad voor zorginstellingen met

⁷³ Concentraties van zeer grote ondernemingen met een communautaire dimensie waarbij de omzeldrempels van de Europese concentratieverordening worden overschreden, moeten bij de Europese Commissie worden gemeld in plaats van bij de NMa. In de brochure "Concentratietoezicht" van de NMa wordt nader ingegaan op de hoogte van de Europese drempels. Zie www.nmanet.nl en de website van de Europese Commissie, http://ec.europa.eu/competition/mergers/overview_en.html.

⁷⁴ Dit criterium voorkomt dat concentraties tussen ondernemingen wier totale omzet boven de verlaagde drempels valt, maar waarvan één onderneming slechts een zeer gering aandeel uit zorgactiviteiten behaalt een meldingsplicht hebben, terwijl de verlaging van de omzeldrempels in de zorg daar evident niet voor is bedoeld.

⁷⁵ Zorg als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel a tot en met l, van het Besluit zorgaanspraken AWBZ.

⁷⁶ Zorg als bedoeld in artikel 10 van de Zorgverzekeringswet.

⁷⁷ Zie het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 24 juli 2009 in zaak 6774/ AMC-VZA.

⁷⁸ Zorg als bedoeld in artikel 1, sub h, van de Wet maatschappelijke ondersteuning.

⁷⁹ Zie het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 3 december 2008 in zaak 6529/ Bouwman GGZ – De Kijvelanden.

⁸⁰ Zie bijlage 1 van het Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet 2007 (Staatscourant 2007, nr. 187). Het meldingsformulier is ook te vinden op www.nmanet.nl.

fusie- of overnameplannen' samengesteld waarin specifiek wordt ingegaan op de informatie die aangeleverd moet worden bij het melden van een concentratie.^{81 82}

118. Als de melding van een concentratie onvolledig is, bijvoorbeeld doordat niet alle vragen uit het Meldingsformulier beantwoord zijn, kan de NMa verzoeken om toezending van de ontbrekende gegevens.⁸³ De periode van de beoordeling van de concentratie zal dan pas beginnen zodra de NMa de ontbrekende informatie alsnog ontvangen heeft.⁸⁴
119. Ook kan de NMa op ieder moment gedurende de behandeltermijn om aanvulling van de melding vragen als dat nodig is voor de beoordeling. In dat geval wordt de behandeltermijn opgeschort met ingang van de dag waarop de NMa aanvullende vragen stelt tot de dag waarop die aanvulling door de NMa is ontvangen.⁸⁵
120. Ondernemingen moeten de NMa juiste en volledige gegevens over de concentratie verstrekken, zodat de NMa een adequate en rechtmatige beoordeling van de voorgenomen concentratie kan maken. Partijen die onvolledige en/of onjuiste gegevens aan de NMa verstrekken, lopen het risico een boete opgelegd te krijgen.⁸⁶

5.2.3 Gun-jumping

121. Ondernemingen mogen niet al voorafgaand aan het moment van totstandkoming van een concentratie een valse start maken door alvast te opereren als één onderneming in de zin van de Mededingingswet. Deze gedraging wordt 'gun-jumping' genoemd en omvat zowel (i) de vroegtijdige implementatie van een meldingsplichtige concentratie, als (ii) een overtreding van het kartelverbod (artikel 6 Mw) in de context van een (al dan niet meldingsplichtige) concentratie.

⁸¹ Deze Leidraad gaat met name in op thuiszorg en intramurale ouderenzorg en is te vinden op www.nmanet.nl.

⁸² De Mededingingswet bepaalt dat bij een melding de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gegevens dienen te worden verstrekt.

⁸³ Zie artikel 38 lid 1 Mw. De NMa dient dit verzoek te doen binnen vijf werkdagen na ontvangst van de melding.

⁸⁴ Artikel 35 lid 1 Mw.

⁸⁵ Zie artikelen 35 lid 2 en 38 lid 2 Mw.

⁸⁶ De NMa heeft eerder een boete van EUR 468.000 opgelegd voor het verstrekken van onjuiste en onvolledige productiegegevens bij een melding in september 2008. Zie persbericht van de NMa van 6 augustus 2009, www.nmanet.nl.

5.2.3.1 Vroegtijdige implementatie

122. Als een concentratie tot stand gebracht wordt zonder melding aan de NMa, of zonder dat de behandeltermijn van de NMa is afgewacht, kan de NMa een last onder dwangsom opleggen om de concentratie ongedaan te maken. Ook kan de NMa een boete opleggen van ten hoogste 10 procent van de jaaromzet van de ondernemingen die betrokken zijn bij de concentratie.⁸⁷
123. Het samenvoegen van activiteiten van twee afzonderlijke ondernemingen voorafgaand aan de goedkeuring van de concentratie door de NMa, kan onder omstandigheden worden gekwalificeerd als het niet respecteren van de wachtperiode. Bijvoorbeeld als twee ziekenhuizen hun voorgenomen concentratie bij de NMa hebben gemeld en een groot deel van de maatschappen van deze ziekenhuizen al worden samengevoegd, voordat de wachtperiode is verstreken. Als deze samenvoeging leidt tot de overgang van zeggenschap over het nieuw te vormen ziekenhuis, dan is er sprake van een vroegtijdige implementatie van de concentratie. Naarmate er meer maatschappen samengevoegd worden en er een nauwe band bestaat tussen de ziekenhuisbesturen en de maatschappen in de medische staf, zal de kans op overgang van zeggenschap groter zijn.⁸⁸
124. De partijen die een melding van een concentratie ingediend hebben, kunnen de NMa verzoeken om ontheffing te verlenen van het verbod om de concentratie tot stand te brengen voordat de wachtperiode is verstreken als daarvoor gewichtige redenen aanwezig zijn.⁸⁹ Van gewichtige reden is sprake als onherstelbare schade wordt toegebracht aan een voorgenomen concentratie⁹⁰ door het in acht nemen van de verplichte wachtperiode.⁹¹ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een (dreigend) faillissement van één van de partijen.

5.2.3.2 Overtreding van het kartelverbod/artikel 6 Mw

125. In de praktijk blijkt dat zorgaanbieders vaak al in een pril stadium van de samenwerking en ruim voor de daadwerkelijke totstandkoming van de voorgenomen concentratie, geneigd zijn om concurrentiegevoelige informatie uit te wisselen en bedrijfsstrategieën onderling af te stemmen. Gevaar bestaat dat zorgaanbieders op deze wijze hun marktgedrag afstemmen. Daarmee beperken de betrokken ondernemingen de onderlinge concurrentie(mogelijkheden), hetgeen onder andere een ongewenst prijsverhogend effect in de markt kan hebben.

⁸⁷ Zie het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 19 november 2008 in zaak 6286/ *Nooteboom - Pacton*, waarin de bij de melding betrokken partijen (zowel koper als verkoper) een boete werd opgelegd wegens het niet en/of te laat melden.

⁸⁸ Zie over het onderwerp van de fusie van maatschappen de brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer van 3 december 2007, <http://www.minvws.nl/kamerstukken/cz/2007/fusie-van-maatschappen.asp>.

⁸⁹ Op basis van artikel 40 lid 1 Mw.

⁹⁰ Zoals bedoeld in de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 1995-96, 24707, nr.3, blz. 78).

⁹¹ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van bestuur van de NMa van 27 februari 2009 in zaak 6632/ *Asito - Meavita Hulp Den Haag*.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

126. Voorop staat dat ondernemingen die voornemens zijn te fuseren, nog niet zijn te beschouwen als één onderneming in de zin van de Mededingingwet. Dit zijn zij pas na het officiële moment van samengaan. Tot het daadwerkelijke en officiële moment van samengaan zullen de betrokken ondernemingen zich dan ook moeten gedragen als onafhankelijke ondernemingen en de spelregels van de Mededingingswet met betrekking tot samenwerking moeten respecteren. Dit geldt ook op het moment dat de NMa heeft geoordeeld dat de gemelde concentratie tot stand mag worden gebracht, maar de concentratie nog niet feitelijk tot stand is gekomen. Het risico bestaat namelijk dat een concentratie uiteindelijk toch niet doorgaat terwijl inmiddels concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld. In deze voorbereidingstijd mogen zij in principe geen afspraken maken of informatie uitwisselen die een concurrentiebeperking op de markt tot gevolg (kan) hebben.
127. Om te bepalen wat zorgaanbieders in de periode voorafgaand aan de concentratie al met elkaar mogen uitwisselen en afspreken, is het van belang om vast te stellen of er een noodzaak is voor de uitwisseling cq. afstemming op dit moment en in deze vorm. Vaak wordt hetzelfde doel namelijk ook gediend wanneer de informatie in meer geaggregeerde vorm uitgewisseld wordt en/of de afstemming op een later tijdstip gebeurt.
128. Sommige informatie-uitwisseling is noodzakelijk voorafgaand aan de concentratie en is ook zonder meer toegestaan. Zo zal er bijvoorbeeld altijd een zogeheten (wederzijds) boekenonderzoek (*due diligence*) moeten plaatsvinden. Het is namelijk van belang dat beide aanbieders op de hoogte zijn van de waarde van het voorwerp van de transactie. Het uitwisselen van financiële gegevens, zoals de boekwaarde van een onderneming en fiscale gegevens, is noodzakelijk voor de totstandkoming van de fusie en daarom gerechtvaardigd.
129. Echter, wanneer de informatie-uitwisseling dan wel de afstemming in dit stadium niet noodzakelijk is voor de totstandbrenging van de voorgenomen concentratie, dan wordt deze in het licht van artikel 6 Mw (kartelverbod) beoordeeld. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het afstemmen van huidige prijzen en het maken van afspraken over inschrijvingen op aanbestedingen ten tijde van de voorbereidingstijd.
130. De centrale vraag bij de beoordeling van de gedraging in het kader van artikel 6 Mw is of de uitwisseling van informatie dan wel de afstemming kan leiden tot een coördinatie van marktgedrag van partijen. De aard van de informatie en afstemming is dan met name van belang. Als de informatie niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden uitgewisseld en deze bovendien coördinatie van marktgedrag in de hand kan werken, dan is het aannemelijk dat de gedraging in strijd zal zijn met artikel 6 Mw.
131. Stel bijvoorbeeld dat twee aanbieders die misschien gaan fuseren op voorhand al afstemmen welke prijs ze nu al offreren voor hun zorg. Wanneer zij elkaar hier niet over hadden geïnformeerd waren zij afzonderlijk misschien op een lagere offerteprijs uitgekomen. Nu hebben de aanbieders geen prikkel meer om elkaar te beconcurreren op prijs.

Voorbeeld 4

Twee grote thuiszorgaanbieders werkzaam in dezelfde zorgkantoorregio zijn van plan om te fuseren. De besturen van beide organisaties voeren besprekingen over deze voorgenomen fusie en maken ook al wat afspraken. Zij hebben elkaars accountants opdracht gegeven om wederzijds een onderzoek in te stellen naar elkaars financiële gegevens over het afgelopen boekjaar. Dit om te beoordelen of de instellingen mogelijkwerwijs te maken hebben met fiscale problemen. Mag dit?

Antwoord:

Ja, de uitwisseling van deze gegevens is geen probleem zolang het gaat om gegevens die nodig zijn om te kunnen bepalen wat de waarde en inhoud van de transactie is.

Vervolg voorbeeld:

Ook stemmen zij alvast af waar en tegen welke voorwaarden ze ieder, nu zij nog onafhankelijk zijn, voor de komende Wmo aanbestedingen in zullen schrijven. Mag dit?

Antwoord:

Nee, hiermee wordt het marktgedrag afgestemd en dit is niet noodzakelijk voor de totstandkoming van de concentratie. Het gedrag is in strijd met artikel 6 Mw.

5.3 Procedure en werkwijze bij concentratiecontrole

132. De procedure voor toetsing van concentraties bestaat uit de meldingsfase en eventueel uit de vergunningsfase. Hierna wordt kort ingegaan op de procedure die ondernemingen moeten doorlopen voor de toetsing van de concentratie door de NMa. Een uitgebreide uiteenzetting van de procedure en werkwijze is te vinden in de 'Spelregels bij Concentratiezaken' en in de 'Leidraad voor zorginstellingen met fusie- en overnameplannen'.⁹²

5.3.1 Meldingsfase

133. Ondernemingen die een concentratie boven de hiervoor genoemde drempels tot stand willen brengen, moeten hun voornemen melden bij de NMa. De NMa moet binnen een wettelijke termijn van vier weken na ontvangst van de melding de betrokken ondernemingen berichten of voor de concentratie al dan niet een vergunning is vereist. Tijdens de periode van beoordeling van de melding blijft de totstandbrenging van de concentratie verboden. De termijn van vier weken kan worden opgeschort doordat de NMa voor de beoordeling noodzakelijke vragen stelt aan de betrokken ondernemingen. De termijn wordt opgeschort totdat de vragen voldoende beantwoord zijn.⁹³ In de praktijk kan de termijn van behandeling dus langer zijn dan de genoemde vier weken.

⁹² Beide documenten zijn te vinden op www.nmanet.nl.

⁹³ Zie paragraaf 5.2.2 hiervoor.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

134. In de meldingsfase onderzoekt de NMa of de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name door het creëren of het versterken van een economische machtspositie. De NMa onderzoekt onder meer de positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markten⁹⁴ waarop de ondernemingen actief zijn, de posities van andere aanbieders op die markten, in welke mate afnemers afhankelijk zijn van de nieuw te vormen onderneming (afnemersmacht), in welke mate leveranciers afhankelijk zijn van de nieuw te vormen onderneming en de mogelijkheden van derden om tot de markt toe te treden. De NMa houdt bij dit onderzoek ook rekening met de (beleidsmatige) ontwikkelingen in een markt of sector. Bij haar onderzoek zal de NMa in veel gevallen ook andere spelers in de markt of bijvoorbeeld het zorgkantoor benaderen.

Voorbeeld 5

Twee ondernemingen die beiden AWBZ-zorg aanbieden willen fuseren. Het concentratietoezicht is op deze concentratie van toepassing. De betreffende ondernemingen betogen dat het zorgkantoor over een zekere mate van afnemersmacht kan beschikken, waardoor geen sprake kan zijn van een significante belemmering van de mededinging als gevolg van de vorming van een economische machtspositie. Op welke manier moet rekening worden gehouden met afnemersmacht bij de beoordeling van een concentratie?

Antwoord:

Afnemersmacht kan inderdaad in bepaalde gevallen een relativerende factor zijn voor het ontstaan of versterken van een economische machtspositie (als gevolg van een concentratie). In een concreet geval moet worden nagegaan in hoeverre afnemers in de positie verkeren om tegenwicht te bieden. Van belang hierbij is onder meer de mogelijkheid voor de afnemer/het zorgkantoor om uit te wijken naar alternatieven, omdat alleen in dat geval het zorgkantoor ook daadwerkelijk de eventuele afnemersmacht kan effectueren. Hierbij moet opgemerkt worden dat het zorgkantoor in zekere mate afhankelijk is van de bereidheid van de cliënten om zorg af te nemen van een andere zorgaanbieder. Bovendien kan de afnemersmacht van het zorgkantoor ook door andere factoren worden beperkt, bijvoorbeeld door langlopende contracten met de betreffende aanbieders.

135. Als het aannemelijk is dat de daadwerkelijke mededinging niet op een significante wijze kan worden belemmerd, zal de NMa de betrokken ondernemingen berichten dat voor de concentratie geen vergunning is vereist. De betrokken ondernemingen mogen de concentratie dan tot stand brengen. Als de mededinging wel op een significante wijze zou kunnen worden belemmerd, zal de NMa de betrokken ondernemingen berichten dat voor de voorgenomen concentratie een vergunning is vereist. De betrokken ondernemingen mogen dan de concentratie niet tot stand brengen voordat een vergunningaanvraag is ingediend, nader onderzoek is verricht en een vergunning is verleend.
136. In de praktijk is gebleken dat betrokken ondernemingen, na kennisgeving door de NMa dat zij voornemens is om een vergunningseis te stellen, soms de mogelijkheid aangrijpen om de voorgenomen transactie en de melding daarvan zodanig te wijzigen dat de door de NMa gesignaleerde mededingingsbezwaren niet meer zullen optreden en er alsnog een goedkeuring in de

⁹⁴ In paragraaf 3.2 is reeds ingegaan op het begrip relevante markt.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

meldingsfase kan worden gegeven.⁹⁵ Op grond van artikel 37, vierde en zesde lid, Mw is er een bevoegdheid gecreëerd om al in de meldingsfase – in plaats van het wijzigen van de melding/transactie – door partijen voorgestelde remedies (voorwaarden) te accepteren. Totdat aan de gestelde voorwaarden is voldaan blijft het tot stand brengen van de concentratie verboden. Voldoen partijen niet of niet tijdig aan de voorwaarden, dan is alsnog een vergunning vereist.

137. In dit verband kan worden verwezen naar zaak 5206/*Stichting Pantein - Stichting Thuiszorg Brabant Noord-Oost*. In deze zaak, waarin de NMa mededingingsbezwaren voorzag, hebben partijen voorafgaand aan de voorgenomen fusie een deel van hun activiteiten op het gebied van thuiszorg overgedragen aan een toetreders tot de regio. Met de overdracht van de zorgactiviteiten zijn tevens de bijbehorende personeelsleden en cliënten (die daarmee hebben ingestemd) overgegaan naar de nieuwe toetreders. De NMa heeft nader onderzocht of de toetreders levensvatbaar kan zijn. Door deze overdracht bleven er voldoende alternatieve aanbieders voor cliënten over in het betreffende gebied. De NMa heeft de fusie in de meldingsfase goedgekeurd.⁹⁶
138. De NMa heeft de mogelijkheid om meldingen van voorgenomen concentraties door middel van een verkort besluit af te doen. Dit betekent dat de vermelding van een motivering van het besluit achterwege gelaten wordt. De NMa zal in ieder geval concentratiebesluiten motiveren indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:
- voor de concentratie een vergunning is vereist en de NMa diepgaand onderzoek naar de gevolgen van de concentratie wenselijk acht;
 - een concentratiebesluit afwijkt van een advies over de concentratie door de NZa⁹⁷; en
 - bij de behandeling van de concentratie sprake is van relevante bezwaren van belanghebbenden.⁹⁸

5.3.2 Vergunningsfase

139. Als de NMa op basis van de melding oordeelt dat een voorgenomen concentratie de mededinging zou kunnen belemmeren dan moet een vergunning worden aangevraagd bij de NMa. Op een vergunningsaanvraag moet door de NMa binnen dertien weken worden beslist. Tijdens de periode van de beoordeling van de aanvraag blijft het tot stand brengen van de concentratie verboden. Ook hier geldt dat de termijn wordt opgeschort als het voor de beoordeling nodig is om aanvullende vragen te stellen aan de betrokken ondernemingen.

⁹⁵ Zie de Richtsnoeren Remedies 2007. www.nmanet.nl, waarin wordt beschreven wanneer een wijziging van de melding mogelijk is en aan welke voorwaarden deze moet voldoen. Zie bijvoorbeeld besluit van de d-g NMa van 31 december 2004 in zaak 4295/*Stichting Icare - Stichting Sensire - Stichting Thuiszorg Groningen*, besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 31 juli 2006 in zaak 5206/*Stichting Pantein - Stichting Thuiszorg Brabant Noord-Oost*.

⁹⁶ Zie ook het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 10 juni 2008 in zaak 6196/*Amsterdam Thuiszorg - Cordaan Groep* en besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 1 april 2008 in zaak 6141/*Evean Groep - Philadelphia – Woonzorg Nederland*.

⁹⁷ Zie hierna, paragraaf 5.3.3.

⁹⁸ Zie NMa Uitvoeringsregel verkorte afdoening 2008, Staatscourant 5 september 2008, nr. 172 en Spelregels bij Concentratiezaken, p. 16, www.nmanet.nl.

140. In de vergunningsfase onderzoekt de NMa of de voorgenomen concentratie zal leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt, met name door het creëren of het versterken van een economische machtspositie. In deze fase is over het algemeen een diepgaand onderzoek vereist.
141. Alleen als wordt vastgesteld dat de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt(en) niet significant belemmert, wordt een vergunning verleend en mogen de betrokken ondernemingen de concentratie tot stand brengen. Wordt de vergunning niet verleend, dan is de concentratie verboden. Ook is het mogelijk dat de betrokken ondernemingen hun vergunningsaanvraag intrekken, nadat de NMa haar voorlopige bezwaren naar aanleiding van het vergunningsonderzoek bekend heeft gemaakt.⁹⁹ Indien de betrokken ondernemingen nadien alsnog besluiten tot een nauwe samenwerking, dan zullen zij zelf dienen te beoordelen of dit op basis van artikel 6 Mw is toegestaan (zie ook hiervoor, paragraaf 5.2.3.2).
142. De betrokken ondernemingen hebben ook in deze fase de mogelijkheid remedies aan te bieden. In sommige gevallen kan de NMa namelijk een vergunning verlenen onder beperkingen en/of met voorschriften (remedies). De voorschriften verplichten de partijen maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de concentratie zou leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan het afstoten van een deel van de onderneming.¹⁰⁰ Het initiatief tot het doen van voorstellen voor remedies ligt bij partijen, nadat zij door de NMa op de hoogte zijn gesteld van de gesignaleerde mededingingsproblemen.¹⁰¹

5.3.3 Zienswijze NZa

143. De NMa zal in de meldings- en de vergunningsfase de NZa (zie paragraaf 2.4.2) vragen of zij een zienswijze wil afgeven over de gemelde concentratie. De NZa onderzoekt of, als gevolg van de concentratie, nadelige gevolgen voor de publieke belangen (de betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg) zullen ontstaan. De NZa dient bij het geven van haar zienswijze het oordeel van de IGZ aangaande (minimum) kwaliteit te volgen. De NMa zal de zienswijze van de NZa in haar beoordeling betrekken. Als er verschillende inzichten bestaan, zal de NMa een eventuele afwijking van de zienswijze in haar besluit gemotiveerd aangeven.¹⁰² ¹⁰³ Aangezien concentratiecontrole een exclusieve bevoegdheid is van de NMa, komt het daarnaast ook voor dat er tijdens een behandeling van een zaak direct contact is tussen de IGZ en de NMa, bijvoorbeeld voor een nadere toelichting op specifieke kwaliteitsaspecten in een zaak.

⁹⁹ Hiervan was bijvoorbeeld sprake in zaak 6320/*Carinova Leiboorn Groep – Vérian – Sutfene*.

¹⁰⁰ Zie de Richtsnoeren Remedies 2007 voor aan een vergunning te verbinden beperkingen en voorschriften, www.nmanet.nl.

¹⁰¹ Richtsnoeren Remedies, 2007, rnr. 39.

¹⁰² Zie ook het tussen de NMa en NZa overeengekomen Samenwerkingsprotocol NZa - NMa op www.nmanet.nl.

¹⁰³ Zie besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 1 april 2008 in zaak 6141/*Evean Groep - Philadelphia – Woonzorg Nederland*, zaak besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 25 maart 2009 in zaak 6424/*Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen* en besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 24 juli 2009 in zaak 6704/*AMC-VZA*.

5.3.4 Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders

144. In september 2009 is de Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders¹⁰⁴ van kracht geworden. Deze beleidsregel legt de NMa twee specifieke verplichtingen op bij de beoordeling van een melding van een concentratie tussen zorgaanbieders. Deze verplichtingen gelden alleen voor concentraties waarbij het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen op één of meer relevante markten als gevolg van de concentratie 35 procent of meer zal bedragen.
145. De eerste verplichting bestaat uit het nader motiveren van een aantal zorgspecifieke aspecten voor de relevante markten waarop het marktaandeel 35 procent of meer zal zijn. Het betreft: (i) de transparantie van kwaliteit van zorg, (ii) het reisgedrag of de reisbereidheid van cliënten, (iii) de mogelijkheden voor toetreding van nieuwe zorgaanbieders, en (iv) de mate waarin zorginkopers invloed hebben op het keuzegedrag van cliënten.^{105 106}
146. De tweede verplichting houdt in dat de NMa de meest betrokken cliëntenraad¹⁰⁷ van de betrokken zorgaanbieders en gemeenten die in de betrokken regio's zorginkoper zijn in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning, uitnodigt een zienswijze te geven over de voorgenomen concentratie. Deze zienswijzen dient de NMa in haar besluit op de melding te betrekken.¹⁰⁸
147. Een consequentie van beide verplichtingen is, dat de NMa meldingen van concentraties die onder deze beleidsregel vallen, niet door middel van een verkort besluit zal afdoen (zie paragraaf 5.3.1).

5.3.5 Kosten

148. Voor een besluit op een concentratiemelding en de aanvraag van een vergunning zijn bepaalde vergoedingen vastgesteld.¹⁰⁹ De hoogte van het bedrag dat aan de meldende ondernemingen gezamenlijk in rekening wordt gebracht, bedraagt in de meldingsfase EUR 15.000,- en in de vergunningsfase EUR 30.000,-.¹¹⁰

¹⁰⁴ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 9 september 2009, houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders, Staatscourant 2009, nr.13389, (hierna: Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders).

¹⁰⁵ Zie artikel 2 lid 1 van de Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders en paragraaf I.3 van de toelichting.

¹⁰⁶ Zie voor toepassing hiervan bijvoorbeeld besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 7 december 2009 in zaak 6786/*Steinmetz I De Compaan - Paus Johannes XXIII* en besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 22 december 2009 in zaak 6774/*De Borg - 't Gooregt*.

¹⁰⁷ Doorgaans zal dit de centrale cliëntenraad zijn.

¹⁰⁸ Zie artikel 2 lid 2 van de Beleidsregel concentraties van zorgaanbieders en paragraaf I.4 van de toelichting.

¹⁰⁹ Besluit kostenverhaal NMa, Staatsblad 2006, 717. Zie ook www.nmanet.nl.

¹¹⁰ Op het Meldingsformulier dienen partijen aan te geven welke onderneming de factuur zal voldoen.

5.4 Inhoudelijke toets

5.4.1 Is er sprake van een significante belemmering van de mededinging?

149. De NMa toetst, zoals hiervoor beschreven is, of de concentratie de mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt op significante wijze zou belemmeren, met name door het tot stand komen of het versterken van een economische machtspositie. Voor de factoren die worden onderzocht bij het bepalen van een economische machtspositie, wordt verwezen naar hoofdstuk 4.
150. Dit hoofdstuk beschrijft hoe de NMa bovenstaande toets hanteert bij het beoordelen van horizontale en verticale concentraties.

5.4.1.1 Beoordeling van horizontale concentraties

151. De beoordeling van horizontale concentraties richt zich op de vraag of de concentratie tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten een significante belemmering van de concurrentie tot gevolg heeft op de relevante markten waarop zij actief zijn, zogenaamde horizontale effecten. De Raad van Bestuur van de NMa heeft besloten¹¹¹ om bij de beoordeling hiervan aan te sluiten bij de richtsnoeren die de Europese Commissie heeft vastgesteld voor de beoordeling van horizontale concentraties (horizontale richtsnoeren).¹¹²
152. De horizontale richtsnoeren geven aan dat marktaandelen en de graad van markconcentratie bruikbare eerste aanwijzingen vormen voor de marktstructuur en het belang voor de mededinging van zowel de partijen betrokken bij de concentratie als hun concurrenten.¹¹³ Verder gaan de horizontale richtsnoeren in op de kans dat afnemersmacht kan functioneren als tegenwicht tegen een toename van marktmacht als gevolg van een concentratie¹¹⁴ en gaan zij in op de kans dat markttoetreding door nieuwe ondernemingen daadwerkelijke mededinging op de relevante markt in stand houdt.¹¹⁵
153. Ook worden in de horizontale richtsnoeren de beoordeling van efficiëntieverbeteringen en voorwaarden voor het aanvaarden van een reddingsfusie ('failing firm defence') beschreven. Deze twee onderwerpen worden hierna in paragraaf 5.4.2 besproken.

¹¹¹ Dit besluit is weergegeven in de Beleidsregel NMa Beoordeling horizontale concentraties, Staatscourant 2007, 173.

¹¹² Mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 5 februari 2004, 'Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen' (Pb 2004, C 31, blz. 5-18).

¹¹³ Horizontale richtsnoeren, rnr. 14.

¹¹⁴ Horizontale richtsnoeren, rnrs. 64-67.

¹¹⁵ Horizontale richtsnoeren, rnrs. 68-75.

5.4.1.2 Beoordeling van verticale concentraties

154. De beoordeling van verticale concentraties richt zich op de vraag of de concentratie tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende niveaus van dezelfde bedrijfskolom een significante belemmering van de concurrentie tot gevolg heeft op de verschillende relevante markten waarop zij actief zijn als gevolg van marktafsluiting (de zogeheten niet-horizontale effecten). De NMa sluit bij de beoordeling hiervan aan bij de richtsnoeren die de Europese Commissie heeft vastgesteld voor de beoordeling van niet-horizontale concentraties.¹¹⁶ Ter illustratie van het beoordelingskader bij verticale concentraties wordt hierna ingegaan op een concentratie tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder.¹¹⁷
155. Een concentratie tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder zal vaak gestalte krijgen door de verwerving van zeggenschap (bijvoorbeeld door een meerderheidsbelang in het aandelenkapitaal) van de zorgverzekeraar over de zorgaanbieder. Ook kan het voorkomen dat een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder gezamenlijk een joint venture oprichten. In het algemeen zullen verticale concentraties niet zo snel tot mededingingsbezwaren leiden, omdat er geen verlies is van directe horizontale concurrentie en omdat zij vaak mogelijkheden bieden voor efficiëntie die ook de patiënt/verzekerde ten goede komt. Zo kan een concentratie tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder het voordeel hebben dat investeringen in kwaliteit gemakkelijker tot stand komen, wanneer de verzekeraar daarin als aandeelhouder risicodragend deelneemt. Verticale integratie kan de verzekeraar ook in staat stellen beter te sturen op kwaliteit en preventie, waardoor hij kosten kan besparen en zijn verzekerden een betere kwaliteit zorg kan bieden.
156. Onder bepaalde omstandigheden kan een verticale concentratie tussen een verzekeraar en een zorgaanbieder echter wel tot mededingingsbezwaren leiden. Dit kan het geval zijn wanneer de concentratie leidt tot marktafsluiting op de markt van de zorgverzekeraar of de zorgaanbieder, bijvoorbeeld omdat de zorgaanbieder en/of de zorgverzekeraar als gevolg van de concentratie patiënten/verzekerden zodanig kan sturen dat concurrerende zorgaanbieders en/of verzekeraars minder in staat zijn om effectieve concurrentie uit te oefenen. Marktafsluiting op de zorgaanbiedersmarkt kan plaatsvinden wanneer de verzekeraar patiënten exclusief stuurt naar de geïntegreerde zorgaanbieder, ten nadele van de concurrentiekracht van concurrerende zorgaanbieders. Marktafsluiting op de zorgverzekeraarsmarkt kan plaatsvinden wanneer de zorgaanbieder exclusief verzekerden van de geïntegreerde verzekeraar toelaat, ten nadele van de concurrentiekracht van concurrerende zorgverzekeraars.

¹¹⁶ Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 265 van 18 oktober 2008. Naast verticale concentraties onderscheidt de Europese Commissie ook conglomerate concentraties als een vorm van een niet-horizontale concentraties. In dit document zal niet worden ingegaan op conglomerate concentraties.

¹¹⁷ Een andere vorm van een verticale concentratie is de concentratie tussen een ziekenhuis en een ambulancevervoerder, zie het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 24 juli 2009 in zaak 6704/AMC-VZA.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

157. Een eerste voorwaarde voor de aannemelijkheid van dergelijke scenario's is dat ten minste één van beide partijen al over significante marktmacht beschikt in de betrokken geografische zorgverleners-c.q. zorgverzekeringsmarkt(en). Wanneer geen van beide partijen op ten minste één van de verticaal gerelateerde markten een marktaandeel van 30 procent¹¹⁸ of meer heeft, is het onwaarschijnlijk dat de mededinging significant belemmerd wordt omdat op beide markten voldoende uitwijkmogelijkheden zijn. Behalve in uitzonderlijke omstandigheden zal de NMa dergelijke zaken niet diepgaand onderzoeken.
158. De marktaandelen vormen dus een eerste aanwijzing. Wanneer er op ten minste één van de verticaal gerelateerde markten sprake is van significante marktmacht, zal de NMa ten eerste onderzoeken of de onderneming na de concentratie de mogelijkheid zou hebben om de markt af te sluiten. Ten tweede zal de NMa onderzoeken of de onderneming de prikkel zal hebben om dit te doen. En ten derde zal de NMa het effect van een dergelijke marktafsluitingsstrategie op de effectieve concurrentie onderzoeken.¹¹⁹
159. In het onderzoek zal de NMa bijvoorbeeld bekijken wat de wettelijke mogelijkheden en belemmeringen zijn om patiënten/cliënten te sturen, en hoe gevoelig zij zijn voor sturingsmechanismen. Het onderzoek naar de prikkels behelst vooral de vraag of een dergelijke strategie winstgevend zou kunnen zijn, onder meer tegen de achtergrond van het risico dat cliënten overstappen naar een andere zorgverzekeraar. Het onderzoek naar het effect behelst ten slotte de vraag of deze strategie de mededinging significant kan belemmeren.
160. Om tot de conclusie te komen dat de concentratie de mededinging significant beperkt, moet in het geval van patiëntsturing het aannemelijk zijn dat concurrerende zorgaanbieders, door de beperking van hun klantenbasis, minder in staat zullen zijn om te concurreren, en dit in de markt leidt tot hogere prijzen, minder kwaliteit en/of minder keuze op de zorgaanbiedersmarkt. In het geval van exclusieve behandeling van eigen verzekerden moet het aannemelijk zijn dat concurrerende zorgverzekeraars als gevolg daarvan minder goed in staat zullen zijn om te concurreren, en dit in de markt voor zorgverzekeringen leidt tot hogere prijzen, minder kwaliteit en/of minder keuze voor de verzekerden.

¹¹⁸ Niet-horizontale richtsnoeren, randnummer 25.

¹¹⁹ Niet-horizontale richtsnoeren, randnummer 59.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Voorbeeld 6

In de geïsoleerde regio A heeft een regionale zorgverzekeraar X een marktaandeel van circa 80 procent. Deze zorgverzekeraar wil een meerderheidsbelang nemen in ziekenhuis Z, één van de twee ziekenhuizen in deze regio A. Ziekenhuis Z heeft een marktaandeel van 60 procent in regio A. Is het aannemelijk dat de mededinging significant wordt beperkt?

Antwoord:

Het marktaandeel van het ziekenhuis vormt een eerste aanwijzing dat er sprake is van significante marktmacht op de markt voor ziekenhuiszorg in deze regio. Met betrekking tot de verzekeringsmarkt heeft de NMa in eerdere zaken geconcludeerd dat de concurrentie meestal landelijk is. Het marktaandeel in de regio kan echter relevant zijn voor de beoordeling van de positie van de verzekeraar op de zorginkoopmarkt. De genoemde marktaandelen zullen voor de NMa reden vormen om deze zaak kritisch te onderzoeken.

De NMa moet in dit geval twee scenario's onderzoeken. Ten eerste het scenario waarin de verzekeraar, als gevolg van de concentratie, de effectieve concurrentie van andere verzekeraars in de betreffende regio kan beperken. Of een dergelijk scenario ook aannemelijk is, zal het onderzoek naar mogelijkheden, prikkels en effecten van exclusieve toelating van de eigen verzekerden tot het geïntegreerde ziekenhuis moeten uitwijzen. De NMa zal allereerst moeten onderzoeken of ziekenhuis Z de mogelijkheid heeft om uitsluitend een contract met zorgverzekeraar X aan te gaan, en of zij verzekerden van andere verzekeraars kan weigeren of minder kwaliteit mag bieden (bijvoorbeeld langere wachtlijsten). Vervolgens zal de NMa onderzoeken of deze strategie winstgevend is: loopt het ziekenhuis inkomsten mis wanneer het verzekerden van anderen niet of tegen slechtere voorwaarden toelaat, en zo ja, weegt dit inkomensverlies op tegen de winsten die ermee kunnen worden behaald op de verzekeringsmarkt? Mochten er wel voldoende mogelijkheden en prikkels zijn om verzekerden van zorgverzekeraar X exclusief of met voorkeur te behandelen, dan moet de NMa bekijken welke invloed dit heeft op de mogelijkheden en prikkels van andere verzekeraars om in deze regio te concurreren: kunnen deze verzekeraars effectief blijven concurreren, bijvoorbeeld op prijs, of door zelf samenwerkingsverbanden aan te gaan met het andere ziekenhuis of met eventuele zelfstandige behandelcentra?

Een tweede scenario dat de NMa in dit geval zal onderzoeken is het scenario waarin verzekerden van X exclusief naar ziekenhuis Z worden gestuurd. Ten eerste zal de NMa onderzoeken welke mogelijkheden de verzekeraar heeft om patiënten naar één zorgaanbieder te sturen (bijvoorbeeld met vergoedingsbeleid) en welke beperkingen. Vervolgens zal de NMa onderzoeken of de verzekeraar een prikkel heeft om dat te doen: als er bijvoorbeeld nu al sprake is van wachtlijsten en als het ziekenhuis niet kan uitbreiden zal sturing van patiënten naar het ziekenhuis niets opleveren, terwijl de verzekeraar toch het risico loopt dat verzekerden overstappen naar een verzekeraar die behandeling in het andere ziekenhuis vergoedt, omdat ze daar sneller terecht kunnen. Ten slotte zal de NMa onderzoeken welke effecten sturing (als er mogelijkheden en prikkels zijn) heeft op de mogelijkheden en prikkels van het andere ziekenhuis in de regio en eventuele overige daadwerkelijke en potentiële concurrenten (zoals zelfstandige behandelcentra) om met de geïntegreerde aanbieder te concurreren.

5.4.2 Uitzonderingsgronden

161. Binnen de concentratiecontrole geldt een aantal uitzonderingen op grond waarvan een concentratie die zou leiden tot een significante belemmering van de mededinging, toch kan worden toegestaan. Het aantal voorbeelden van de toepassing van deze uitzonderingsgronden is beperkt, omdat de NMa een beroep op (één van) deze uitzonderingsgronden slechts honoreert als aan strikte voorwaarden is voldaan en er in weinig gevallen een beroep op deze uitzonderingsgronden wordt gedaan.

5.4.2.1 Efficiëntieverweer

162. De Mededingingswet biedt ruimte om efficiëntieverbeteringen als deze door partijen zijn aangevoerd, mee te wegen bij de beoordeling van een concentratiemelding of vergunningaanvraag.¹²⁰ De efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit een concentratie kunnen opwegen tegen de negatieve mededingingseffecten. Van een efficiëntieverbetering is sprake wanneer afnemers de verandering van een dienst of product in alle facetten (zoals kwaliteit, prijs en bereikbaarheid) gezamenlijk positief waarderen. Enkel een prijsdaling van een dienst houdt dan ook geen efficiëntie in als daarbij het kwaliteitsniveau daalt. Omgekeerd geldt ook dat een kwaliteitstoename niet leidt tot een efficiëntieverbetering als daarmee de prijs zal stijgen of de bereikbaarheid evenredig zal afnemen.
163. Partijen kunnen bij een voorgenomen concentratie een zogenaamd efficiëntieverweer voeren. Dit is zinvol wanneer zij verwachten, ofwel ervan op de hoogte zijn gesteld, dat de NMa het aannemelijk acht dat die concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt, of een deel daarvan, op significante wijze zal (vergunningsfase) of zou kunnen (meldingsfase) belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie.
164. Partijen zullen overtuigend moeten aantonen dat de door hen geclaimde efficiëntieverbeteringen:¹²¹
- a. in voldoende mate ten goede komen aan de afnemers op die relevante markten waar anders waarschijnlijk mededingingsproblemen zouden ontstaan;
 - b. specifiek een direct resultaat zijn van de aangemelde concentratie en niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen; én
 - c. zich daadwerkelijk zullen voordoen. Zij moeten substantieel en tijdig zijn. Zij moeten voldoende nauwkeurig zijn gedocumenteerd, waar mogelijk worden gekwantificeerd.

¹²⁰ Efficiëntieverbeteringen worden meegenomen bij de toets van de ontwikkeling van de technisch en economische vooruitgang, zie Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (Kamerstukken II, 2004-2005, 30 071, nr. 3, p. 21).

¹²¹ Deze criteria worden voorgeschreven door de Europese Commissie in haar Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 31 van 5 februari 2004, nrns. 76-88.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

165. De efficiëntieverbeteringen moeten ten slotte opwegen tegen mogelijke negatieve mededingingseffecten die anders uit de fusie zouden kunnen voortvloeien. Hoe groter de mogelijke negatieve mededingingseffecten zijn, des te meer moet het zeker zijn dat de beweerde efficiëntieverbeteringen substantieel zijn, naar alle waarschijnlijkheid tot stand zullen worden gebracht, en in voldoende mate aan de afnemers worden doorgegeven.
166. De Raad van Bestuur van de NMa heeft in haar besluit van 25 maart 2009 in zaak 6424/*Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen* een door de fuserende partijen gevoerd efficiëntieverweer aanvaard. Hierbij speelden de bijzondere omstandigheden een doorslaggevende rol: het door externe factoren (op termijn) niet kunnen voldoen aan een minimum kwaliteit van de zorg.
167. Het in bovengenoemde zaak gevoerde efficiëntieverweer is beoordeeld aan de hand van boven geschetst toetsingskader en de toets is als volgt nader ingevuld:
- a. Efficiëntieverbeteringen moeten ten goede komen aan de afnemers. De effecten van een fusie moeten naar het oordeel van de Raad van Bestuur van de NMa slechts dan als efficiëntieverbeteringen worden beschouwd wanneer het voldoende aannemelijk is dat afnemers de verandering van het aanbod in alle facetten gezamenlijk positief waarderen. Of sprake is van een efficiëntieverbetering kan daarom alleen bepaald worden als alle relevante kenmerken van het aanbod bekend zijn en in de afweging kunnen worden meegenomen. Positieve kwaliteitseffecten zijn in deze optiek op zichzelf nog niet voldoende om efficiëntieverbeteringen aan te nemen. Naast kwaliteit spelen in de zorgsector bijvoorbeeld ook bereikbaarheid en prijs een rol.
- Als na de concentratie prijsstijgingen doorgevoerd kunnen worden die niet in verhouding staan tot de verbetering van de kwaliteit van het zorgaanbod, kan naar het oordeel van de NMa niet worden gesteld dat sprake is van efficiëntieverbeteringen die ten goede komen aan de afnemers. Een kwaliteitsverbetering waarvoor een onevenredig hoge prijs moet worden betaald, zal immers in het algemeen door de afnemers niet worden beschouwd als een daadwerkelijke (netto) efficiëntieverbetering. Hoe hoger het marktaandeel van partijen na de concentratie wordt, des te meer gevaar er bestaat voor onevenredige prijsstijgingen. De NMa heeft de mogelijkheid om in een dergelijk geval voorschriften te verbinden aan haar besluit om te voorkomen dat te hoge prijzen in rekening worden gebracht. In het besluit in zaak 6424/*Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen* is dit in het licht van de bijzondere omstandigheden gedaan (door het vaststellen van een prijsplafond voor het B-segment).
- b. Efficiëntieverbeteringen moeten specifiek uit de concentratie voortvloeien. Als er andere minder mededingingsbeperkende manieren zijn om de efficiëntieverbeteringen te realiseren, is aan dit criterium niet voldaan en kan het efficiëntieverweer niet worden gehonoreerd. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een samenwerkingsverband ten aanzien van één of enkele functies (of deelterreinen) die de betrokken marktpartijen vervullen, dat echter niet in strijd met artikel 6 Mw mag zijn. Wanneer uit de feiten blijkt dat een zeer brede samenwerking tussen partijen noodzakelijk is om de gewenste efficiëntieverbeteringen te kunnen bereiken, bijvoorbeeld vanwege de onderlinge samenhang van de verschillende functies die partijen vervullen, ligt een algehele concentratie meer voor de hand. Daarnaast kan een rol spelen welke adherentie is vereist om de efficiëntieverbeteringen te kunnen bereiken. Beide genoemde factoren (onderlinge samenhang van functies en vereiste adherentie) waren in zaak

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

6424/*Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen* aan de orde en leidden ertoe dat een algehele fusie de enige oplossing was.

- c. Efficiëntieverbeteringen moeten verifieerbaar zijn. De efficiëntieverbeteringen moeten daarom nauwkeurig beschreven worden. Ze moeten substantieel zijn en (zo mogelijk) worden gekwantificeerd. Daar waar kwantificering niet mogelijk is, bestaat de mogelijkheid om de gestelde efficiëntieverbeteringen en het daaruit voor de afnemers voortvloeiende voordeel op andere wijze te onderbouwen. In zaak 6424/*Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen* heeft een belangrijke rol gespeeld dat de IGZ bepaalde kwaliteitsverbeteringen noodzakelijk achtte en heeft aangevoerd dat het kwaliteitsniveau van de zorg in deze regio zonder fusie onder het minimum zou komen. Het voorkomen van dit scenario door middel van een fusie werd door de Raad van Bestuur beschouwd als een extra en substantiële kwaliteitsverbetering op zichzelf. Verder moeten de efficiëntieverbeteringen voldoende concreet zijn, in die zin dat zij zich tijdig en met een voldoende mate van zekerheid voor zullen doen. Om zeker te stellen dat de efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk en tijdig tot stand worden gebracht heeft de Raad van Bestuur van de NMa voorschriften aan het besluit verbonden.

5.4.2.2 Reddingsfusie (Failing firm– verweer)

168. De Raad van Bestuur van de NMa kan besluiten dat een concentratie die op basis van het hierboven beschreven beoordelingskader geen doorgang kan vinden, toch tot stand kan worden gebracht wanneer één van de ondernemingen in (financiële) moeilijkheden verkeert. Het is mogelijk dat een fusie de enige manier is om een onderneming te redden. Vandaar dat in dit verband over een reddingsfusie wordt gesproken.¹²²
169. Als basisvereiste geldt dat de verslechtering van de mededingingsstructuur die na de voorgenomen concentratie plaatsvindt, niet het gevolg is van de voorgenomen concentratie¹²³. Dit is het geval wanneer de mededingingsstructuur van de markt zonder de concentratie minstens in even sterke mate zou verslechteren¹²⁴, omdat zonder de concentratie de onderneming van de markt zal verdwijnen, waardoor de aanbodstructuur van de markt wijzigt. Er is dan geen causaliteit tussen de concentratie en de verslechtering.

¹²² Zie de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 31 van 5 februari 2004.

¹²³ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, Kali en Salz, punt 110.

¹²⁴ Zie het arrest Kali en Salz, reeds aangehaald, punt 114. Zie ook Beschikking 2002/365/EG van de Commissie in zaak COMP/M.2314 - BASF/Pantochim/Eurodiol, PB L 132 van 17.5.2002, blz. 45, punten 157-160. Dit vereiste hangt samen met het algemene beginsel dat in rnr. 9 van de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 31 van 5 februari 2004 is neergelegd.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

170. Voor de toepassing van een reddingsfusie acht de NMa in het bijzonder de volgende drie criteria van belang:¹²⁵
- a. De onderneming zou anders de markt verlaten door financiële moeilijkheden;
 - b. Er is geen overnamealternatief dat de concurrentie minder zou belemmeren; en
 - c. Zonder de transactie verdwijnen de activa van de onderneming onvermijdelijk van de markt.
171. Ten eerste zal aangetoond moeten worden dat de in moeilijkheden verkerende onderneming, zonder de beoogde concentratie, in de nabije toekomst van de markt zal verdwijnen door financiële moeilijkheden. Met 'financiële moeilijkheden' wordt bedoeld: problemen die onvermijdelijk een faillissement tot gevolg zullen hebben. Wanneer het niet zeker is dat de onderneming zonder de beoogde concentratie de markt zal moeten verlaten, is niet voldaan aan dit criterium.
172. Ten tweede zal aangetoond moeten worden dat er geen overnamealternatief bestaat dat de concurrentie minder zou belemmeren. Als er een alternatief is voor de beoogde concentratie, dan verdient dat de voorkeur. Op die manier kan de schade voor de mededingingsstructuur immers geheel of gedeeltelijk voorkomen worden. Als er dus een overnamealternatief mogelijk is, dan is niet voldaan aan dit criterium. Het is aan partijen om aan te tonen dat er geen alternatieve transactie mogelijk is. In de regel is er echter vaak wel een mogelijk alternatief. Dit is alleen niet altijd tegen de beoogde voorwaarden. In de zorgsector is het denkbaar dat inherent aan de productieomstandigheden slechts enkele potentiële kandidaten bestaan voor de concentratie.¹²⁶ In een dergelijke situatie zal eerder aangetoond kunnen worden dat er geen overnamealternatief bestaat.
173. Ten derde zal aangetoond moeten worden dat de activa van de onderneming in moeilijkheden zonder een fusie onvermijdelijk van de markt verdwijnen. Dit betekent dat er geen reorganisatie voor (een deel van de) activa mogelijk is, waardoor de productiecapaciteit van de activa behouden blijft op de relevante markt. Het is aan partijen om aan te tonen welke activa zullen verdwijnen zonder de beoogde overname.
174. Tot slot moeten de meldende partijen tijdig alle informatie verstrekken die noodzakelijk is om aan te tonen dat de verslechtering van de mededingingsstructuur die plaatsvindt na de voorgenomen concentratie, niet door de concentratie wordt veroorzaakt.

5.4.2.3 Diensten van algemeen economisch belang

175. Wanneer ten minste één van de ondernemingen die bij een concentratie betrokken is bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, kan een vergunning alleen geweigerd worden als dit de vervulling van de hun toevertrouwde taak niet verhindert (zie artikel 41, derde lid, Mw). Uit de jurisprudentie blijkt dat

¹²⁵ Zie Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 31 van 5 februari 2004, nrns. 89-91.

¹²⁶ Dit was aan de orde en is meer uitvoerig besproken in het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 25 maart 2009 in zaak 6424/Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

uitzonderingen op de algemene regel, waardoor de werking van het mededingingsregime wordt beperkt, restrictief moeten worden uitgelegd.¹²⁷

176. De uitzondering van artikel 41, derde lid, Mw is van toepassing als aan alle drie voorwaarden wordt voldaan:
- i) er moet sprake zijn van een dienst van algemeen economisch belang;
 - ii) er moet ten minste één betrokken onderneming *belast* zijn met deze dienst van algemeen economisch belang bij wettelijk voorschrift of door een besluit van een bestuursorgaan¹²⁸; en
 - iii) er moet aangetoond worden dat het de uitoefening van de dienst van algemeen economisch belang verhindert als de vergunning wordt geweigerd. Tot op heden is er geen uitzondering op artikel 41 Mw aangemerkt op grond van deze voorwaarden.
177. Artikel 41, derde lid, Mw behelst een uitzondering op de onverkorte toepassing van de Mededingingswet, die zoals eerder werd aangegeven, beperkt moet worden uitgelegd. Mededingingsbeperkingen ten behoeve van algemeen economisch belang mogen daarbij niet verder gaan dan nodig is ter vervulling van de opgedragen taken. De proportionaliteit en noodzakelijkheid zijn in het Europese mededingingsrecht aanvaarde criteria.¹²⁹
178. Ten slotte moet opgemerkt worden dat het verweer omtrent de dienst van algemeen economisch belang ook kan gelden voor een onder artikel 6 Mw verboden kartelafsprake. Wil het verweer daar een kans van slagen hebben, zullen partijen aan vergelijkbare criteria moeten voldoen. Zie hiervoor paragraaf 6.2.4.

¹²⁷ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 24 juli 2003, Zaak C-280/00, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg*

¹²⁸ In bijzondere gevallen kan de dienst van algemeen economisch belang ook worden afgeleid uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten, zie onder meer Memorie van Toelichting op de Mededingingswet, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995 – 1996, 24 707, nr. 3, pagina 64 en arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 oktober 1997, Commissie v Nederland, C-157/94, Jur. 1997, p. 5699, r.o. 40.

¹²⁹ Memorie van toelichting Mededingingswet, pagina 27.

6 Kartelverbod

179. In dit hoofdstuk wordt het kartelverbod uit artikel 6 Mw nader uiteengezet. Naast het kartelverbod uit artikel 6 Mw is de NMa tevens verplicht om het Europese kartelverbod te volgen. Dit is neergelegd in artikel 101, eerste lid, van het VWEU (voorheen: artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag).¹³⁰ Bovendien werkt de Europese regelgeving deels rechtstreeks door in de Mededingingswet. Tenzij anders aangegeven ziet dit hoofdstuk op nationale en Europese regelgeving.

6.1 Begrippen

6.1.1 Kartelverbod

180. Het kartelverbod is vastgelegd in artikel 6, eerste lid, Mw en luidt: *‘Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.’* De NMa is bevoegd samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen te toetsen aan het kartelverbod van artikel 6 Mw.
181. Onder het begrip onderneming in de zin van de Mededingingswet wordt verstaan elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van deze eenheid en haar wijze van financiering.¹³¹ Het begrip onderneming is verder uitgebreid behandeld in hoofdstuk 3. Naast het feit dat er sprake moet zijn van ondernemingen, moet er voor de toepasbaarheid van het verbod van artikel 6 Mw ook sprake zijn van een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemingsvereniging. Deze begrippen worden hier onder toelicht.

6.1.2 Overeenkomst

182. Er is sprake van een overeenkomst in de zin van het kartelverbod wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier in de markt te gedragen. De vorm van de overeenkomst is niet doorslaggevend voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht. Zo is het bijvoorbeeld niet noodzakelijk dat de

¹³⁰ De inhoudelijke toets van artikel 101 VWEU (voorheen: artikel 81 EG) is gelijk aan de inhoudelijke toets van artikel 6, eerste lid, Mw. Er is echter één verschil: voor de toepassing van het Europese kartelverbod geldt een extra vereiste. Dit betreft de mogelijk ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Dit zogenaamde ‘interstatelijke effect’ is aanwezig wanneer de handel tussen lidstaten wordt of kan worden beïnvloed. Dit is bijvoorbeeld het geval bij grensoverschrijdend economisch verkeer. Meer informatie over het begrip ‘interstatelijk effect’ is te vinden in de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag, Pb. 2004, C101 van 27 april 2004, p. 13.

¹³¹ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 april 1991, *Höfner en Elser*, gevoegde zaken C-41/90, Jur. 1991, p. 1979, r.o. 21.

overeenkomst schriftelijk is.¹³² Wanneer twee of meer ondernemingen mondeling afspraken maken over hun voorgenomen marktgedrag, is dus sprake van een overeenkomst in de zin van de Mededingingswet.

6.1.3 Onderling afgestemde feitelijke gedraging

183. Het kartelverbod ziet naast het begrip overeenkomst ook toe op de onderling afgestemde feitelijke gedraging. Dit betreft een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie bewust vervangt door een feitelijke samenwerking of afstemming.¹³³ Een voorbeeld van een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging is het geval waarbij een groep zorgaanbieders (die concurrenten van elkaar zijn) tijdens een regionale bijeenkomst elkaar informeren over hun (eventuele) plannen tot verhoging van hun tarieven. Zonder hier daadwerkelijk met elkaar af te spreken dat zij allemaal hun tarieven zullen verhogen (en met hoeveel), kunnen alle partijen wel hun individuele gedrag afstemmen op de uitgewisselde informatie, waardoor sprake kan zijn van een verboden afstemming. De uitgewisselde informatie kan namelijk als een richtpunt dienen voor de partijen bij het bepalen van hun individuele tarieven.¹³⁴

6.1.4 Besluit van een ondernemersvereniging

184. In een ondernemersvereniging zijn ondernemingen uit dezelfde branche verenigd. De rechtsvorm van de ondernemersvereniging is voor de toepassing van artikel 6 Mw niet relevant. Essentieel is dat de ondernemersvereniging de gemeenschappelijke belangen van de aangesloten ondernemingen vertegenwoordigt. Voorbeelden van ondernemersverenigingen zijn de Landelijke Huisartsen Vereniging, Zorgverzekeraars Nederland, Actiz en de Nederlandsche Internisten Vereeniging.
185. Onder het begrip 'besluit' van een ondernemersvereniging vallen alle handelingen van een ondernemersvereniging met het oogmerk de risico's van de onderlinge concurrentie tussen de leden bewust te vervangen door feitelijke samenwerking of afstemming. Het is niet van doorslaggevend belang hoe men zelf een bepaalde afspraak juridisch karakteriseert.¹³⁵ Volgens vaste jurisprudentie omvat het begrip besluit van een ondernemersvereniging zowel juridisch bindende beslissingen als beslissingen die, hoewel niet juridisch bindend, wel door de leden worden gevolgd, alsook niet bindende beslissingen die de getrouwe weergave vormen van de wil van de vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren en dit voor de leden van de vereniging

¹³² Onder andere arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 6 januari 2004, *Commissie t. Bayer*, gevoegde zaken C-2/01 en C-3/01, Jur. 2004, p. 23, r.o. 117-124.

¹³³ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 14 juli 1972, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, 48/69, Jur. 1972, p. 619, r.o. 64. Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 8 juli 1999, *Commissie vs Anic Participations SpA*, 49/92, Jur. 1999, p. 4125.

¹³⁴ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Vodafone Libertel NV t. Raad van Bestuur van de NMa*, C-8/08.

¹³⁵ Besluit van de d-g NMa van 26 april 2004 in zaak 3310/*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, rnr 79 en besluit van de d-g NMa van 26 april 2004 in zaak 3309/*NIP, LVE, NVP en NVVP*, rnr. 94. Zie daarnaast de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006, *NIP/NVVP/LVE*, MEDED 05/2213 en van 28 februari 2006, *Bovag/NCBRM*, MEDED 04/3141.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

kenbaar is.¹³⁶ Zo kan een oproep van een branchevereniging aan haar leden om geen contracten meer te sluiten met bepaalde zorgverzekeraars een besluit van een ondernemersvereniging zijn.

186. De wil van de vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren moet uit de concrete omstandigheden afgeleid worden. In ieder geval is hiervoor vereist dat de adviezen aan de leden kenbaar gemaakt zijn of bekend zijn.¹³⁷ Om aan te kunnen nemen dat sprake is van een besluit van een ondernemingsvereniging is het niet van belang in hoeverre de adviezen zijn opgevolgd. Ook is niet vereist dat de leden bij het opvolgen van adviezen gecontroleerd of bestraft worden als zij de adviezen niet opvolgen.¹³⁸ Evenmin is vereist dat de ondernemersvereniging bevoegd is krachtens haar statuten een dergelijk besluit te nemen.¹³⁹
187. Ook een vrijblijvende aanbeveling kan in een bepaalde context dus een besluit van een ondernemersvereniging zijn.¹⁴⁰ Om onder het begrip besluit van een ondernemersvereniging te vallen, is een formeel besluit niet noodzakelijk. Het gaat er alleen om of de ondernemersverenigingen of de aangesloten ondernemingen handelingen verrichten die de mededinging beperken.¹⁴¹ Zo kan bijvoorbeeld een vestigingsbeleid dat wordt gecommuniceerd vanuit een ondernemersvereniging of een calculatieschema voor prijzen dat aan de leden wordt verstrekt onder het kartelverbod vallen.
188. Overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen kunnen in de praktijk verschillende vormen aannemen. In het vervolg van deze Richtsnoeren zullen deze begrippen worden aangeduid als 'overeenkomst'.

¹³⁶ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 29 oktober 1980, *van Landeyck e.a.*, 209 tot 215 en 218/78, Jur. 1980, p. 3125, r.o. 88; arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 8 november 1983, *Navewa*, gevoegde zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, Jur. 1983, p. 3369, r.o. 20; arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 32; beschikking van de Europese Commissie van 5 juni 1996, *FENEX*, Pb. 1996, L 181/28, ov. 41-42; besluit van de d-g NMa van 26 april 2004 in zaak 3310/*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, rnr. 79.

¹³⁷ Uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006, *NIP/NVVP/LVE*, MEDED 05/2213.

¹³⁸ Beschikking van de Europese Commissie van 24 juni 2004, *Ereloonregeling Belgische Architecten*, Pb. 2005, L 4/10, ov. 70 en Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 30.

¹³⁹ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 31.

¹⁴⁰ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 26-32 en zaak 3310/*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, besluit van de d-g NMa van 26 april 2004, rnr. 79.

¹⁴¹ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 15 mei 1975, *Frubo t. Commissie*, 71/74, Jur. 1975, p. 563, r.o. 30; arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 29 oktober 1980, *van Landeyck e.a.*, 209 tot 215 en 218/78, Jur. 1980, p. 3125, r.o. 88 en arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 8 november 1983, *Navewa*, gevoegde zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, Jur. 1983, p. 3369, r.o. 20.

6.2 Beoordeling

189. Veel overeenkomsten tussen (concurrerende) ondernemingen vallen helemaal niet onder het kartelverbod. Ten eerste zijn er overeenkomsten die niet onder het kartelverbod vallen, simpelweg omdat zij de mededinging niet beperken. Zo wordt door het bespreken van de zorgvraag van een cliënt, het delen van *best practices* of het gezamenlijk uitwerken van kwaliteitsprotocollen de mededinging in principe niet beperkt. Ten tweede vallen bepaalde overeenkomsten buiten het toepassingsbereik van artikel 6 Mw, omdat de overeenkomsten gesloten zijn tussen een beperkt aantal ondernemingen met een gezamenlijke omzet die niet boven een wettelijk vastgesteld bedrag uitkomt. In paragraaf 6.2.1.1 wordt nader ingegaan op deze bagatelgrens. Ten derde is het mogelijk dat overeenkomsten gesloten worden tussen ondernemingen die allen afzonderlijk en gezamenlijk een zodanig zwakke positie hebben op de markt, dat de overeenkomst slechts van zeer geringe invloed is op de markt. Dit kan het geval zijn bij zeer beperkte marktaandelen. Deze overeenkomsten vallen om die reden ook niet onder het kartelverbod.
190. Op grond van artikel 6 Mw zijn overeenkomsten verboden die tot doel of als gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Dit beoordeelt de NMa in de economische context van de overeenkomst. De NMa betreft in deze beoordeling de doelstellingen van partijen, de wijze waarop zij op de markt optreden, de producten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.¹⁴² Bij sommige overeenkomsten is bijna altijd sprake van een mededingingsbeperkend doel, zoals prijsafspraken, marktverdelingsafspraken, bepaalde aanbestedingsafspraken (*bid rigging*) en collectieve boycotts. Dit soort beperkingen wordt als zeer nadelig voor de concurrentie beschouwd en komt daarom ook bijna nooit voor een vrijstelling in aanmerking. Bij andere overeenkomsten is dat minder eenduidig en zal meer onderzoek nodig zijn.
191. Sommige overeenkomsten die mededingingsbeperkende gevolgen hebben, kunnen per saldo ook gunstig zijn voor de (economische) welvaart. In het Europese recht geldt een uitzondering op het kartelverbod voor bepaalde groepen van overeenkomsten onder een bepaald marktaandeel. Deze uitzonderingen, die zijn neergelegd in groepsvrijstellingen, hebben rechtstreekse werking in het nationale recht. Overeenkomsten die voldoen aan vastgestelde criteria, zijn volgens de groepsvrijstellingen toegestaan. In paragraaf 6.2.2 worden de groepsvrijstellingen verder behandeld.
192. Ten derde kan rechtstreeks zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.¹⁴³ De betrokken ondernemingen moeten zelf beoordelen of de overeenkomst voldoet aan deze voorwaarden. Ondernemingen die zich op deze uitzondering beroepen, moeten op grond van artikel 6, vierde lid, Mw aan tonen dat aan de voorwaarden is voldaan. Als aan alle criteria is voldaan, is de overeenkomst toegestaan. In de paragrafen 6.2.2. en 6.2.3 wordt nader ingegaan op de vrijstellingscriteria van artikel 6, derde lid, Mw.

¹⁴² College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 28 oktober 2005, *Modint vs NMa*, r.o. 7.2.2; zie ook Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 30 juni 1966, *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH*, 56/65, Jur. 1960, p. 337.

¹⁴³ En eventueel in geval van interstatelijk effect ook aan artikel 101, derde lid, VWEU.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

193. Ten slotte kan op grond van artikel 11 Mw nog sprake zijn van een uitzondering op het kartelverbod als één van de betrokken ondernemingen belast is met diensten van algemeen economisch belang. Artikel 6, eerste lid, Mw is dan alleen van toepassing als het de vervulling van deze bijzondere taak niet verhindert. Zie verder paragraaf 6.2.4.

194. Bovenstaande kan schematisch als volgt worden weergegeven:

Kartelverbod niet van toepassing	Geen mededingingsbeperking
	Artikel 7 Mw Bagatel (Paragraaf 6.2.1.1)
	Geringe beïnvloeding van de markt door de zwakke positie van partijen op deze markt (Paragraaf o)
Kartelverbod wel van toepassing, uitzondering bijna nooit van toepassing	Prijsafspraken Marktverdeling Aanbestedingsafspraken (<i>bid rigging</i>) Collectieve boycot (Paragraaf 6.3.2.1 - 6.3.2.4)
Kartelverbod van toepassing, uitzondering mogelijk van toepassing	Artikel 6 derde lid Mw • Groepsvrijstelling Verticalen • Groepsvrijstelling Specialisatieovereenkomsten • Groepsvrijstelling Onderzoek & Ontwikkeling • Individuele beoordeling Artikel 11 Mw • Diensten van algemeen economisch belang (Paragraaf 6.2.2 -6.2.4)

195. Hierna worden de verschillende beoordelingsstappen achtereenvolgens behandeld.

6.2.1 Overeenkomsten die buiten toepassing van de Mededingingswet vallen

6.2.1.1 Bagatelbepaling

196. In artikel 7 Mw, de zogeheten bagatelbepaling, is geregeld dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten tussen een beperkt aantal ondernemingen met een geringe omzet. Reden hiervan is dat deze overeenkomsten de mededinging niet significant belemmeren.¹⁴⁴
197. Artikel 7, eerste lid, Mw bepaalt dat het kartelverbod niet geldt voor afspraken waarbij niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn en waarvan de totale gezamenlijke omzet niet hoger is dan EUR 5.500.000, indien daarbij uitsluitend ondernemingen zijn betrokken wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen, en EUR 1.100.000 in alle andere gevallen, bijvoorbeeld het leveren van diensten. Bij de verkoop van goederen kan gedacht worden aan de verkoop van hulpmiddelen door een hulpmiddelenleverancier. De therapeutische behandelingen die een fysiotherapeut verleent, zijn voorbeelden van een dienst. Wanneer een overeenkomst ziet op zowel het leveren van goederen als diensten, geldt de omzetrempel voor het leveren van diensten, dus EUR 1.100.000.
198. Daarnaast geldt een tweede bagatelbepaling voor overeenkomsten tussen ondernemingen die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn (zogenaamde horizontale overeenkomsten). Het kartelverbod geldt volgens artikel 7, tweede lid, Mw niet indien het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet groter is dan 5 procent en de gezamenlijke omzet met betrekking tot de goederen of diensten waarop de afspraak betrekking heeft niet hoger is dan EUR 40.000.000. Om te kunnen beoordelen of aan het marktaandeelcriterium wordt voldaan, dient eerst te worden bepaald wat de relevante markt is en vervolgens wat het aandeel van de betrokken onderneming(en) is ten opzichte van de andere ondernemingen op die markt. Wanneer een overeenkomst is uitgezonderd van het kartelverbod op grond van het eerste lid van artikel 7 Mw, is een toets aan artikel 7, tweede lid, Mw niet meer nodig.
199. De berekening van de omzet voor de bagatelbepaling van artikel 7, eerste lid, Mw gaat uit van de netto-omzet van een onderneming.¹⁴⁵ Van belang is dat de totale netto-omzet van de onderneming meetelt, niet slechts de omzet die gemoeid is met de overeenkomst. Wanneer bijvoorbeeld twee thuiszorgorganisaties met totale netto-omzetten van EUR 80.000.000 en EUR 40.000.000 waarvan de omzetten van hulpmiddelen respectievelijk EUR 2.000.000 en EUR 1.750.000 bedragen een mededingingsbeperkende afspraak maken over het leveren van hulpmiddelen, vallen zij niet onder de bagatelgrens van artikel 7, eerste lid, Mw. Immers, hun totale netto-omzet voor de toepasselijkheid van de bagatelgrens is EUR 120.000.000. Als een onderneming behoort tot een

¹⁴⁴ Indien een overeenkomst die onder de drempel van artikel 7 Mw blijft, gezien de marktverhoudingen in aanzienlijke mate afbreuk doet aan de mededinging, dan kan de NMa het kartelverbod alsnog op deze afspraak van toepassing verklaren (artikel 9 Mw).

¹⁴⁵ De jaaronzet: de netto-omzet van de onderneming, zijnde de opbrengst uit de verkoop van goederen en/of de levering van diensten uit de onderneming, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen (vergelijk artikel 377, lid 6, boek 2 Burgerlijk Wetboek).

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

groep, worden de omzetten van alle tot die groep behorende ondernemingen opgeteld.¹⁴⁶ In de zorg werken instellingen vaak op basis van een toegekend budget. Het berekenen van de omzetrempels gebeurt dan in principe aan de hand van dit budget.

200. Bij de berekening van de marktaandelen voor de bagatelbepaling van artikel 7, tweede lid, Mw moet gekeken worden naar de marktaandelen op de gehele relevante markt waartoe de activiteiten behoren die vallen onder de te beoordelen overeenkomst.

Voorbeeld 7

Hulpmiddelenleverancier A heeft een jaarlijkse omzet van EUR 2.000.000. Hulpmiddelenleverancier B heeft een jaarlijkse omzet van EUR 1.800.000. B machtigt A om in haar naam met de zorgverzekeraars over de prijzen van hulpmiddelen en de bijbehorende service te onderhandelen. Valt de overeenkomst tussen A en B onder de bagatelbepaling?

Antwoord:

Ja, de overeenkomst valt onder de bagatelbepaling en dus buiten het toepassingsbereik van artikel 6 Mw. De activiteiten van hulpmiddelenleveranciers bestaan met name uit het leveren van producten, zijnde hulpmiddelen. De gezamenlijke jaarlijkse omzet van A en B is minder dan EUR 5.500.000.

Voorbeeld 8

Zeven huisartsen in een middelgrote gemeente spreken af om gezamenlijk op te trekken in het verlenen van zorg aan COPD-patiënten. Zij vormen daartoe het samenwerkingsverband 'COPD-zorg gemeente A' en maken onder meer afspraken over kortingen. De huisartsen hebben een gezamenlijke totale omzet van EUR 1.800.000. De totale omzet op het gebied van COPD-zorg is EUR 150.000. Naar welke omzet moet gekeken worden en valt die onder de bagatelbepaling?

Antwoord:

De omzet voor de bagatelbepaling is de optelsom van de totale netto-omzetten van alle zorgaanbieders die aangesloten zijn bij het samenwerkingsverband. In dit geval zijn er uitsluitend ondernemingen betrokken die hoofdzakelijk diensten leveren, zodat drempel van EUR 1.100.000 geldt (artikel 7, eerste lid, sub b onder 2). In dit geval komt de totale omzet van het samenwerkingsverband (te weten EUR 1.800.000 en niet slechts de EUR 150.000 die wordt omgezet met COPD-zorg) uit boven de drempel van de bagatelbepaling. De samenwerkingsovereenkomst moet dus getoetst worden aan artikel 6 Mw.

6.2.1.2 Geringe beïnvloeding van de mededinging

201. Voor de toepassing van het kartelverbod moet sprake zijn van een 'merkbare mededingingsbeperking'. Het is mogelijk dat een mededingingsbeperking die niet valt onder de bagatelgrenzen van artikel 7 Mw, toch niet leidt tot een merkbare beïnvloeding van de concurrentie

¹⁴⁶ Zie ook Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C95 van 16 april 2008, p. 39.

en om die reden alsnog buiten de reikwijdte van het kartelverbod van artikel 6 Mw valt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de betrokken ondernemingen zeer beperkte marktaandelen hebben.

202. Bij ernstige mededingingsbeperkingen, zoals prijsafspraken, marktverdelingsafspraken, bepaalde aanbestedingsafspraken (*bid rigging*) en collectieve boycotts¹⁴⁷, wordt bij de beoordeling van de merkbaarheid hiervan gekeken of de betrokken ondernemingen niet een zodanig zwakke positie hebben op de markt, dat van een beïnvloeding van de markt door de overeenkomst niet of nauwelijks sprake kan zijn.¹⁴⁸ Er wordt niet snel van uitgegaan dat van een dergelijk zwakke positie sprake is.
203. Bij op het eerste gezicht minder ernstige beperkingen van de mededinging, zoals bepaalde vormen van informatie-uitwisseling¹⁴⁹, moet de NMa toch ook de merkbaarheid vaststellen. Daarnaast wordt een uitgebreider onderzoek gedaan naar de context en het effect van deze beperkingen. Hierbij wordt gekeken naar de effecten die de informatie-uitwisseling op de markt kan hebben. Pas wanneer de informatie-uitwisseling tot gevolg heeft gehad dat de mededinging merkbaar is beperkt, zal sprake kunnen zijn van een overtreding van het kartelverbod.

6.2.2 Uitzondering kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw: groepsvrijstellingen

204. Zoals eerder is aangegeven, kunnen sommige mededingingsbeperkende overeenkomsten ook gunstig zijn voor de samenleving. Zij kunnen ertoe bijdragen dat er een betere coördinatie ontstaat tussen ondernemingen, waardoor bijvoorbeeld het zorgaanbod beter aansluit op de vraag van patiënten. Soms wegen deze voordelen op tegen de nadelen van de mededingingsbeperking. Daarom bestaan er in het Europese recht specifieke uitzonderingen op het kartelverbod voor bepaalde groepen van overeenkomsten onder een bepaald marktaandeel. Of dergelijke efficiëntiebevorderende gevolgen zwaarder wegen dan de mededingingsverstorende gevolgen van de overeenkomst, hangt onder meer af van de vorm van de overeenkomst en de marktmacht van de samenwerkende ondernemingen.
205. Specifieke uitzonderingen op het kartelverbod voor efficiëntiebevorderende overeenkomsten zijn neergelegd in zogenoemde groepsvrijstellingen. De Europese groepsvrijstellingen zijn een invulling van artikel 101, derde lid, VWEU en werken op grond van artikel 12 Mw rechtstreeks door in het Nederlandse mededingingsrecht. De groepsvrijstellingen bieden zorgaanbieders die betrokken zijn bij een overeenkomst een concreet beoordelingskader voor een vrijstelling van het kartelverbod onder artikel 6, derde lid, Mw. Wanneer is voldaan aan de strikte vereisten van een groepsvrijstelling, wordt aan de partijen bij een overeenkomst een zogeheten 'veilige haven' geboden. Een samenwerking die voldoet aan de voorwaarden voor toepassing van de groepsvrijstelling is toegestaan, omdat aangenomen wordt dat voldaan wordt aan de voorwaarden van artikel 101, derde lid, VWEU (en dus ook aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw). Dit betekent dat een

¹⁴⁷ Zie hiervoor, randnummer 190.

¹⁴⁸ College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 28 oktober 2005 *Modint v. NMa*, AWB 04/794 en AWB 04/829, LJN: AU5316 ro 7.2.2.

¹⁴⁹ Zie voor een toetsingskader de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 nr. 77, paragraaf 4.2.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

overeenkomst die aan de criteria van een groepsvrijstelling voldoet, uitgezonderd is van het kartelverbod. Een verzoek hiertoe of aanmelding van de overeenkomst is niet nodig. Samenwerkende ondernemingen moeten zelf beoordelen of hun overeenkomst onder een groepsvrijstelling valt.. Als een samenwerkingsovereenkomst niet onder één van de groepsvrijstellingen valt, kan deze alsnog worden uitgezonderd van het kartelverbod op grond van een individuele toetsing aan de vereisten van artikel 6, derde lid, Mw. Deze beoordeling dient eveneens door de samenwerkende ondernemingen uitgevoerd te worden (zie hierna, paragraaf 6.2.3).

206. Alle groepsvrijstellingen kennen specifieke criteria, waarbij dikwijls onder meer de marktpositie van de betrokken partijen en de duur van een afspraak van belang is. Voor de specifieke criteria wordt verwezen naar de betreffende groepsvrijstellingen, die in deze paragraaf worden besproken. Belangrijke voorwaarde voor toepassing van een groepsvrijstelling is dat de overeenkomst geen ernstige beperkingen van de mededinging bevat, zoals prijsafspraken of marktverdelingen. Als dit wel het geval is, vervalt het voordeel van de groepsvrijstelling voor de gehele overeenkomst.
207. Wanneer een overeenkomst niet voldoet aan de voorwaarden voor toepassing van een groepsvrijstelling hoeft geen sprake te zijn van strijd met het kartelverbod. Mogelijk wordt in dat specifieke geval toch wel op individuele basis voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw. Het verschil is dat als aan de voorwaarden voor een groepsvrijstelling wordt voldaan, niet meer hoeft te worden getoetst of daadwerkelijk is voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw. Er is dus sprake van een veilige haven.¹⁵⁰
208. De groepsvrijstellingen zijn ook voor de Nederlandse zorgsector van belang. Het gaat dan met name om de groepsvrijstellingen voor specialisatieovereenkomsten¹⁵¹, onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten¹⁵² en voor verticale overeenkomsten.¹⁵³

6.2.2.1 Specialisatieovereenkomsten

209. De Europese groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten¹⁵⁴ heeft betrekking op concurrerende ondernemingen die afspreken om bepaalde goederen of diensten gezamenlijk te vervaardigen met het oog op efficiëntie. Hierbij is het van belang dat de partijen bij de overeenkomst ook alle producten of diensten blijven aanbieden. Een specialisatieovereenkomst is een vorm van horizontale samenwerking, dat wil zeggen dat het gaat om afspraken tussen ondernemingen die

¹⁵⁰ Zie in dit verband ook artikel 6, vierde lid, Mw, waarin wordt aangegeven dat de onderneming die zich op beroept op de uitzondering van artikel 6, derde lid, Mw zal moeten kunnen aantonen dat aan de voorwaarden is voldaan.

¹⁵¹ Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 5.

¹⁵² Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7.

¹⁵³ Verordening nr. 2790/1999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21.

¹⁵⁴ Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 5.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

werkzaam zijn op hetzelfde niveau of dezelfde niveaus van een markt, bijvoorbeeld tussen ziekenhuizen onderling of tussen huisartsen onderling.¹⁵⁵

210. Specialisatie in de zin van de groepsvrijstelling ziet vooral op specialisatie ten aanzien van de vervaardiging/levering van (delen van) een bepaald product of een bepaalde dienst. Om ervoor te zorgen dat de voordelen van de specialisatie daadwerkelijk worden verwezenlijkt zonder dat één van de partijen dit product of deze dienst niet meer aanbiedt, moeten specialisatieovereenkomsten voorzien in leverings- en afnameverplichtingen voor de betrokken ondernemingen ten aanzien van de onderdelen waarop wordt gespecialiseerd. Op deze wijze wordt gegarandeerd dat de specialiserende onderneming(en) de (lager in de productieketen gelegen) markten niet verlaten.¹⁵⁶
211. In de praktijk blijkt dat de meeste samenwerkingsverbanden in de zorg niet voldoen aan de voorwaarden de groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten. Bij specialisatieovereenkomsten tussen concurrenten in de zorgsector komt het als gevolg van de aard van de specialisatie met name vaak voor dat één of meer van de specialiserende ondernemingen zich helemaal terugtrekken uit de markt. Zij bieden dan het betrokken product of de betrokken dienst waarop zij zich niet specialiseren in het geheel niet meer aan. De (noodzakelijke) leverings- en afnameverplichtingen ontbreken in dat geval dan ook. Dit is uitdrukkelijk niet de bedoeling van de groepsvrijstelling. Er zou mogelijk zelfs sprake kunnen zijn van een verboden verdeling van de markt. Een dergelijke afspraak valt dan ook niet in/onder de veilige haven en is alleen toegestaan als kan worden voldaan aan de voorwaarden van de individuele vrijstelling volgens artikel 6, derde lid, Mw (zie paragraaf 6.2.3).
212. Verschillende vormen van specialisatieovereenkomsten in de zin van de Mededingingswet zijn denkbaar. Zo kan sprake zijn van een overeenkomst waarbij één onderneming van de vervaardiging van bepaalde producten of de verrichting van bepaalde diensten afziet en dit aan een andere onderneming overlaat (eenzijdige specialisatie). Een andere mogelijkheid is een overeenkomst waarbij elke betrokken onderneming van de vervaardiging van een bepaald product of de verrichting van een bepaalde dienst afziet en dit aan een andere onderneming in de samenwerking overlaat (wederkerige specialisatie). Ten slotte bestaan er overeenkomsten waarbij de ondernemingen zich ertoe verbinden gezamenlijk bepaalde producten te vervaardigen of bepaalde diensten te verrichten (gezamenlijke productie). Bij alle vormen van specialisatie blijven de betrokken ondernemingen het product of de dienst aanbieden, doordat zij onderlinge leveringen overeenkomen en zo beiden als aanbieders op de markten aanwezig blijven.. Specialisatie kan bijdragen aan de verbetering van de productie of distributie van goederen, omdat de betrokken ondernemingen zich op de vervaardiging van bepaalde producten kunnen toeleveren, waardoor zij efficiënter kunnen werken en de producten goedkoper kunnen aanbieden. In de zorg kan specialisatie bovendien leiden tot een toename van de kwaliteit van de aangeboden zorg.

¹⁵⁵ Indien de samenwerking ziet op eenzijdige specialisatie tussen niet-concurrenten, valt deze samenwerking niet onder de toepassingsbereik van deze groepsvrijstelling, omdat dan in feite sprake is van een verticale overeenkomst. In dat geval dient de samenwerking beoordeeld te worden onder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.

¹⁵⁶ Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 4, ov. 12.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

213. De groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten ziet op samenwerkingsverbanden die vaak grote investeringen vragen en waarbij samenwerking een duidelijke technische of economische verbetering oplevert. Er moet een duidelijk kwalitatieve meerwaarde zijn voor bijvoorbeeld de patiënt, dus niet zozeer voor de deelnemende ondernemingen, die niet op een andere manier bereikt kan worden dan door specialisatie.
214. Om voor een vrijstelling van het kartelverbod op grond van deze groepsvrijstelling in aanmerking te komen, moet voldaan worden aan een aantal strikte voorwaarden. In de eerste plaats geldt de vrijstelling niet voor overeenkomsten over het vaststellen van verkoopprijzen, een beperking van de verkoop of de productie of de toewijzing van markten of klanten.¹⁵⁷ Verder mag het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen niet hoger zijn dan 20 procent.¹⁵⁸ Deze marktaandeelgrens moet garanderen dat er voldoende concurrentie overblijft en er dus een prikkel aanwezig is om de gerealiseerde voordelen aan de afnemers door te geven.
215. Bij de beoordeling of een overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt, kunnen ook de “Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag (nu artikel 101 van het VWEU) op horizontale samenwerkingsovereenkomsten”¹⁵⁹ van de Europese Commissie geraadpleegd worden.
216. Als een afspraak niet voldoet aan de voorwaarden voor de groepsvrijstelling, bijvoorbeeld omdat het gezamenlijke marktaandeel van partijen meer dan 20 procent bedraagt, betekent dit niet direct dat er sprake is van strijd met het kartelverbod. Het is namelijk mogelijk dat in dat specifieke (individuele) geval toch wel voldaan is aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.¹⁶⁰ De groepsvrijstellingen zijn immers specifieke uitwerkingen van artikel 6, derde lid, Mw op basis waarvan sprake is van een zogenoemde veilige haven. De groepsvrijstellingen vormen geen limitatieve uitzonderingsgronden.

¹⁵⁷ Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 4, artikel 5.

¹⁵⁸ Het marktaandeel wordt berekend door te bezien wat de behaalde omzet van de betrokken ondernemingen voor een bepaalde dienst of een product is, in vergelijking met andere ondernemingen die actief zijn op de betreffende relevante markt (zie voor een beschrijving van de relevante markt hoofdstuk 3).

¹⁵⁹ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2-30.

¹⁶⁰ Zie paragraaf 6.2.3.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Voorbeeld 9

Twee thuiszorgaanbieders in dezelfde gemeente komen overeen dat zij zich ieder gaan specialiseren. Zij spreken af dat de eerste aanbieder specialist in het huishouden wordt en alleen nog huishoudelijke zorg levert in die gemeente. De tweede thuiszorgaanbieder zal al haar cliënten voor het huishouden doorsturen aan de collega-aanbieder. Deze tweede thuiszorgaanbieder zal zich zelf vanaf nu volledig richten op de verpleging en verzorging van cliënten in de gemeente. Is deze samenwerking toegestaan in het licht van de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, deze afspraak komt neer op een marktverdelingsafpraak. De groepsvrijstelling gaat niet op. Immers, beide aanbieders spreken gezamenlijk af waarin zij zich specialiseren en bieden de dienst waarop zij zich niet specialiseren helemaal niet meer aan. De noodzakelijke leverings- en afnameverplichting ontbreekt. De overeenkomst komt neer op een verdeling van diensten tussen beide aanbieders. De overeenkomst moet beoordeeld worden vanuit de regels die er bestaan voor marktverdelingsafspraken. Marktverdelingsafspraken zijn bijna altijd verboden op grond van artikel 6 Mw. Zie voor meer informatie over marktverdelingen paragraaf 6.3.2.2.

Voorbeeld 10

Twee thuiszorgaanbieders in dezelfde gemeente komen overeen dat zij zich ieder gaan specialiseren. Zij spreken af dat de eerste aanbieder zich specialiseert in wondverzorging en dat de tweede aanbieder zich specialiseert in palliatieve zorg. De zorgaanbieders nemen deze diensten over en weer van elkaar af, zodat zij beide zowel diensten op het gebied van wondverzorging als op het gebied van palliatieve zorg kunnen leveren. Valt deze afspraak onder de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten?

Antwoord:

Ja, mits de zorgaanbieders onder de gezamenlijke marktaandeelgrens van 20 procent blijven. Voorwaarde is ook dat de overeenkomst geen bepalingen bevat omtrent het vaststellen van verkoopprijzen, een beperking van de verkoop of de productie of de toewijzing van markten of cliënten. Daarnaast is van belang dat beide zorgaanbieders actief blijven op de markten voor palliatieve zorg en wondverzorging. Deze diensten kunnen de thuiszorgaanbieders bij elkaar inkopen.

Wanneer deze afspraak niet onder de groepsvrijstelling zou vallen, bijvoorbeeld omdat er sprake zou zijn van hogere marktaandelen, dan zou de overeenkomst op basis van de individuele vrijstelling van artikel 6, derde lid, Mw uitgezonderd kunnen zijn van het kartelverbod. Zie paragraaf 6.2.3.

6.2.2.2 Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten

217. De groepsvrijstelling voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten is van toepassing als concurrerende ondernemingen overeenkomen om gezamenlijk te werken aan onderzoek en ontwikkeling van nieuwe producten.¹⁶¹ Ook in dit geval is sprake van horizontale samenwerking. Ook kunnen ondernemingen afspraken maken over de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van onderzoek en ontwikkeling. Samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en de gemeenschappelijke exploitatie daarvan bevordert over het algemeen de technische en economische vooruitgang, doordat dan meer knowhow uitgewisseld wordt en overlappingsen bij onderzoek en ontwikkeling vermeden worden.¹⁶²
218. Voor de toepassing van de groepsvrijstelling dient aan een aantal cumulatieve criteria voldaan te worden. Ten eerste mag het gezamenlijke marktaandeel van de samenwerkende ondernemingen op de relevante markt niet hoger zijn dan 25 procent. Ten tweede geldt dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is als de overeenkomst direct of indirect tot doel heeft om verkoopprijzen vast te stellen, de verkoop of de productie te beperken, de passieve verkoop te belemmeren in het gebied dat op basis van de overeenkomst is voorbehouden aan de andere partij, of het belemmeren van actieve verkoop na het verstrijken van een periode van zeven jaar vanaf de start van de overeenkomst in het gebied dat op basis van de overeenkomst is voorbehouden aan de andere partij. Ten derde mag de overeenkomst de betrokken ondernemingen niet belemmeren bij het verrichten van onderzoeks- of ontwikkelingswerkzaamheden of bij het aanvechten van intellectuele eigendomsrechten over het gezamenlijk ontwikkelde product.¹⁶³
219. Ten aanzien van bovengenoemde criteria geldt dat de actieve verkoop¹⁶⁴ voor een bepaalde periode beperkt mag worden in het geval van onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten. De betrokken partijen mogen afspreken wie in welk gebied actief haar product in de markt gaat zetten, bijvoorbeeld door het plaatsen van advertenties. De gedachte hierachter is dat op deze wijze investeringen in onderzoek en ontwikkelingen kunnen worden terugverdiend. De passieve verkoop¹⁶⁵ mag echter niet worden beperkt. Dus wanneer een klant een andere aanbieder benadert dan degene die in het betreffende gebied werft, mag de klant niet worden doorverwezen naar deze aanbieder.

¹⁶¹ In het kader van de onderhavige Richtsnoeren is alleen beknopte beschrijving van de groepsvrijstelling voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten mogelijk. Voor de volledige tekst van de groepsvrijstelling zie Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7.

¹⁶² Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7, ov. 10.

¹⁶³ Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7, artikel 5.

¹⁶⁴ Actieve verkoop is het in de markt zetten van een product of dienst, waarbij wordt geïnvesteerd in het werven van klanten/cliënten. Zo kan het maken van reclame voor een product worden gezien als actieve verkoop.

¹⁶⁵ Passieve verkoop is het leveren van een product of een dienst aan klanten/cliënten die uit eigen beweging naar een onderneming toekomen. Er worden geen inspanningen gedaan om klanten/cliënten (in een bepaald gebied) te werven, bijvoorbeeld door het inzetten van advertenties.

Voorbeeld 11

Een aantal fysiotherapeuten werkt gezamenlijk aan een programma voor de preventie van gezondheidsklachten. Het programma is erop gericht om mensen bewust te maken van het belang van bewegen om gezondheidsklachten te voorkomen. De betrokken fysiotherapeuten hebben op de relevante markt een marktaandeel van 21 procent.

De fysiotherapeuten onderhandelen allen onafhankelijk van elkaar met de verzekeraar over de prijs voor het product. Wel spreken ze voor de komende drie jaren af wie het preventieprogramma in welk postcodegebied actief in de markt zal zetten. Cliënten zijn wel vrij om voor een andere aanbieder uit het samenwerkingsverband te kiezen. Alle aan het programma deelnemende zorgaanbieders worden aan cliënten bekendgemaakt. Is deze samenwerking mededingingsrechtelijk toegestaan?

Antwoord:

Ja, dit mag. Er is sprake van een onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst en het gezamenlijke marktaandeel van de zorgaanbieders blijft onder de grens van 25 procent. Daarnaast hebben de zorgaanbieders geen beperkingen opgenomen in de overeenkomst die ervoor zorgen dat de overeenkomst buiten het toepassingsbereik van de groepsvrijstelling valt. Er wordt onafhankelijk onderhandeld met de zorgverzekeraar en er is geen beperking afgesproken ten aanzien van de passieve verkoop.

Hoewel in dit geval geen sprake is van grote investeringen in onderzoek en ontwikkeling, kan het samenwerkingsverband toch profiteren van de veilige haven van de groepsvrijstelling voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten.

Als het gezamenlijke marktaandeel van de zorgaanbieders groter zou zijn dan 25 procent of wanneer er vergaande mededingingsbeperkingen in de overeenkomst zouden zijn opgenomen, dan moet de overeenkomst individueel getoetst worden aan de vereisten van artikel 6, derde lid, Mw. Zie hiervoor paragraaf 6.2.3.

220. Bij de beoordeling of een overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt, kunnen ook de 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag (nu artikel 101 van het VWEU) op horizontale samenwerkingsovereenkomsten' van de Europese Commissie¹⁶⁶ geraadpleegd worden.

6.2.2.3 Verticale overeenkomsten

221. Ondernemingen die hun gedrag afstemmen, kunnen elk in een verschillende schakel van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Als dat het geval is, dan is er sprake van verticale afstemming. Verticale overeenkomsten zijn bijvoorbeeld afspraken tussen een leverancier en een afnemer zoals tussen een groothandel in geneesmiddelen en een apotheek.

¹⁶⁶ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2-30.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

222. De groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten¹⁶⁷ geldt voor verticale afspraken over de voorwaarden waaronder de betrokken ondernemingen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen en die in beginsel mededingingsbeperkend zijn (exclusiviteitsvoorwaarden). Een voorbeeld van een verticale overeenkomst is een overeenkomst tussen een groothandel en een apotheek voor de levering van medicijnen. Verticale overeenkomsten kunnen de economische efficiëntie binnen een productie of distributieketen bevorderen door een betere coördinatie tussen de deelnemende ondernemingen mogelijk te maken. Verticale overeenkomsten kunnen leiden tot een vermindering van transactie- en distributiekosten.¹⁶⁸
223. De groepsvrijstelling geldt niet voor verticale overeenkomsten die de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs beperken, met uitzondering van het vaststellen van een maximumprijs.¹⁶⁹ Ook geldt de groepsvrijstelling niet voor verticale overeenkomsten die specifieke beperkingen bevatten ten aanzien van waar of aan wie de goederen of diensten verkocht mogen worden (met name beperkingen ten aanzien van de passieve verkoop).¹⁷⁰ Voorwaarde voor de groepsvrijstelling is dat het marktaandeel van de *leverancier* op de relevante markt niet meer dan 30 procent bedraagt. De reden daarvan is dat in het algemeen alleen een leverancier met een aanzienlijk marktaandeel de concurrentie kan beperken door middel van dergelijke overeenkomsten. Als de overeenkomst echter exclusieve leveringsverplichtingen bevat, moet het marktaandeel van de *afnemer* in aanmerking genomen worden om de uitwerking van de overeenkomst op de markt te beoordelen.¹⁷¹ Toepassing van de groepsvrijstelling wordt nader uiteengezet in de “Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie”.¹⁷²

¹⁶⁷ Verordening nr. 2790/2999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21. Deze Verordening verloopt in mei 2010. Momenteel werkt de Europese Commissie aan een nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten, die de huidige zal gaan vervangen. Per 1 mei 2010 treedt er een nieuwe Groepsvrijstelling Verticale overeenkomsten in werking. In deze groepsvrijstelling verandert dit safe haven begrip en komt er een dubbele eis inzake het marktaandeel. Vanaf 1 mei 2010 geldt dat zowel marktaandeel van leverancier als afnemer niet hoger mag zijn dan 30 procent om van de groepsvrijstelling te kunnen profiteren. De verwachting is dat er verder geen substantiële wijzigingen zullen plaatsvinden ten opzichte van de huidige groepsvrijstelling.

¹⁶⁸ Verordening nr. 2790/2999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21, ov. 6.

¹⁶⁹ De leverancier mag in beginsel wel een maximumprijs opleggen of verkoopprijs aanraden. Dit mag echter alleen als dit niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect heeft als een vaste prijs of minimumprijs.

¹⁷⁰ Verordening nr. 2790/2999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21, artikel 4.

¹⁷¹ Verordening nr. 2790/2999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21, artikel 3.

¹⁷² Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, Pb C291 van 13 oktober 2000., nnrs. 21 tot en met 70.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Voorbeeld 12

Een producent van hulpmiddelen X sluit met een apotheek A een afnamecontract voor drie jaar. In dit contract is vastgelegd dat A 90 procent van haar hulpmiddelen bij X moet inkopen. In ruil voor deze verplichting krijgt de apotheek een extra korting van 2 procent. Het marktaandeel van X in de relevante markt bedraagt 23 procent. Is deze overeenkomst op grond van de Mededingingswet toegestaan?

Antwoord:

Ja, deze overeenkomst valt onder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten. Deze overeenkomst bevat een niet-concurrentiebeding zoals opgenomen in artikel 1 sub b van de groepsvrijstelling inzake verticale overeenkomsten, waarvan sprake is als de afnemer verplicht is om meer dan 80 procent van zijn totale behoefte van bepaalde goederen (of diensten) van de leverancier af te nemen. De overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling: de duur van het niet-concurrentiebeding is minder dan vijf jaar en het marktaandeel van de leverancier is niet hoger dan 30 procent.

Voor verticale overeenkomsten wordt aangenomen, dat non-concurrentiebedingen alleen schadelijk zijn, als ze leiden tot uitsluitingseffecten. Wanneer een non-concurrentiebeding ervoor zorgt dat andere leveranciers hun producten niet meer kunnen afzetten of andere afnemers niet meer aan producten kunnen komen, kan sprake zijn van een mededingingsprobleem. Dit is de reden dat de marktaandeelgrens van 30 procent is gesteld. Bij een lager marktaandeel kan er vanuit gegaan worden dat er genoeg restconcurrentie is om uitsluitingseffecten te voorkomen.

De overeenkomst is in dit voorbeeld daarom in zijn geheel van het kartelverbod vrijgesteld. Als de overeenkomst na de looptijd stilzwijgend verlengd zou worden met meer dan twee jaar, zou de duur van het niet-concurrentiebeding in totaal langer dan 5 jaar zijn. De overeenkomst valt dan niet (meer) onder de groepsvrijstelling, zodat er individueel getoetst moet worden of de overeenkomst de mededinging beperkt. Het is overigens wel toegestaan om na afloop van de overeenkomst een nieuwe overeenkomst te sluiten voor een maximale duur van vijf jaar.

Voorbeeld 13

Een onderneming die farmaceutische producten produceert, verkoopt in Nederland haar producten via de groothandel. Zij heeft Nederland in vier regio's ingedeeld. Vier groothandels krijgen elk één regio voor alleenverkoop toebedeeld. De groothandels mogen in geen enkel geval leveren aan apothekers die gevestigd zijn in een regio die aan een andere groothandel is toebedeeld. Dit is ook niet toegestaan als zij zonder enige verkoopinspanning door apotheken uit andere regio's worden benaderd. Valt deze overeenkomst onder de groepsvrijstelling inzake verticale overeenkomsten?

Antwoord:

Nee, een dergelijk distributiesysteem valt niet onder de groepsvrijstelling. De groepsvrijstelling is namelijk niet van toepassing op afspraken die tot absolute gebiedsbescherming leiden. Door deze absolute gebiedsbescherming is het mogelijk dat de verkoopprijzen kunstmatig hoog worden gehouden. Op grond van de groepsvrijstelling is het wel toegestaan om aan de groothandels te verbieden actieve verkoopinspanningen te verrichten in het gebied dat aan een andere groothandel is toebedeeld. Het verbieden van verkoop en levering in gevallen waarin de klanten de groothandel zelf benaderen, valt echter niet onder de groepsvrijstelling. Het distributiestelsel moet daarom individueel vooraf door partijen getoetst worden aan artikel 6 Mw. Daarbij kan worden opgemerkt dat 'passieve' verkopen in beginsel altijd moeten worden toegestaan, omdat er anders sprake is van absolute gebiedsbescherming.

6.2.3 Uitzondering kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw: individueel

224. Mededingingsbeperkende overeenkomsten die buiten de groepsvrijstellingen vallen kunnen toelaatbaar zijn op basis van een individuele toets aan de vereisten van artikel 6, derde lid, Mw.¹⁷³ De afspraak is alleen toegestaan als de economische en maatschappelijke voordelen de nadelige effecten op de concurrentie overtreffen. Hiervoor zijn vier criteria opgenomen in artikel 6, derde lid, Mw.
225. Het kartelverbod is niet van toepassing als aan alle volgende criteria is voldaan:
1. de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang;
 2. de voordelen die voortvloeien uit de overeenkomst moeten voor een billijk aandeel ten goede komen aan de afnemers;
 3. de beperkingen mogen niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen; en
 4. er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven.¹⁷⁴

¹⁷³ In het Europese recht is in artikel 101, derde lid, VWEU een uitzondering opgenomen op het verbod van artikel 101, eerste lid, VWEU. De voorwaarden van artikel 101, derde lid, VWEU zijn gelijk aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.

¹⁷⁴ Zie Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag, Pb. C 101 van 27 april 2004, p. 8. Zie ook Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2, paragraaf 1.3.2.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

226. Uit de criteria blijkt dat de mededingingsbeperkende overeenkomsten een duidelijk voordeel moeten bieden aan de economie en de cliënt. Het gaat om een objectief economisch voordeel, waarbij ook kan worden gedacht aan kwaliteitsverbeteringen. Ondernemingen moeten dit voordeel ook kunnen bewijzen. Verder is niet voldoende dat de betrokken ondernemingen een voordeel behalen maar ze moeten ook aantonen dat de voordelen voor een billijk aandeel doorgegeven worden aan de afnemers. De voordelen moeten voor de afnemers in ieder geval opwegen tegen de nadelen van de mededingingsbeperking. In de zorgsector betekent dit dat mogelijke doelmatigheidsopbrengsten bijvoorbeeld in de vorm van lagere prijzen of een hogere kwaliteit worden doorgegeven aan de zorgverzekeraar, het zorgkantoor of de gemeente. Ook moeten de concurrentiebeperkingen in verhouding staan tot het te bereiken doel. Dat betekent dat er gekozen moet worden voor de wijze waarop de concurrentie zo min mogelijk wordt beperkt. De overeenkomst mag er tot slot niet voor zorgen dat de concurrentie op de desbetreffende markt nagenoeg wordt uitgeschakeld.
227. De bij de overeenkomst betrokken ondernemingen moeten zelf beoordelen of de overeenkomst voldoet aan de criteria die zijn genoemd in artikel 6, derde lid, Mw. Een voorafgaande toets door de NMa is niet nodig. Als handvat bij de beoordeling kunnen ondernemingen ook de Europese Richtsnoeren gebruiken, waaronder de 'Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag (nu artikel 101 van het VWEU)'¹⁷⁵ (zie ook paragraaf 1.2). Zoals al in de inleiding is gesteld, moeten bij de toepassing van de criteria beschreven in deze Richtsnoeren altijd de specifieke omstandigheden van het geval in acht genomen worden zodat geen sprake kan zijn van een mechanische toepassing van deze Richtsnoeren. Iedere zaak dient op basis van de feiten te worden beoordeeld.

¹⁷⁵ De NMa heeft bekendgemaakt dat bij de toepassing van artikel 6, derde lid, Mededingingswet wordt aangesloten bij de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake artikel 81, derde lid, EG-Verdrag. Zie mededeling van de d-g NMa van 22 februari 2005, Staatscourant 8 maart 2005, nr. 47, p. 22.

Voorbeeld 14

Vijf ziekenhuizen in een bepaalde regio bieden allemaal een bepaalde vorm van zeer gespecialiseerde zorg aan. Om deze zorg volgens geldende normen te kunnen verlenen is het noodzakelijk dat de artsen een minimaal aantal behandelingen per jaar uitvoeren. De ziekenhuizen spreken af dat slechts twee van hen deze vorm van zorg zullen aanbieden.

Er zijn ook ziekenhuizen in aangrenzende regio's die deze vorm van zorg aanbieden en waarnaar patiënten redelijkerwijs kunnen uitwijken. De ziekenhuizen die betrokken zijn bij de afspraak maken geen afspraken over andere vormen van zorg en de twee ziekenhuizen die de specialistische zorg gaan verlenen maken ieder afzonderlijk afspraken met de zorgverzekeraars over de vergoeding. Is deze vorm van samenwerking toegestaan?

Antwoord:

Ja, deze vorm van samenwerking komt in aanmerking voor een uitzondering van het kartelverbod op basis van artikel 6, derde lid, Mw.

Aannemelijk is dat deze vorm van specialisatie de kwaliteit van de geleverde zorg verbetert. Daarnaast komt de kwaliteitsverbetering die de overeenkomst met zich brengt ten goede aan de patiënten doordat de zorg conform geldende normen kan worden aangeboden. Deze resultaten kunnen niet op een andere, minder ingrijpende wijze worden bereikt dan door de vorm van specialisatie waarvoor wordt gekozen. Van belang is dat de overeenkomst inderdaad niet verder gaat dan strikt noodzakelijk, bijvoorbeeld door afspraken te maken over de onderhandelingen met de zorgverzekeraars of door ook andere vormen van zorg 'uit te ruilen'. Daarnaast is aannemelijk dat er voldoende concurrentie overblijft doordat patiënten kunnen uitwijken naar andere ziekenhuizen. Aan de cumulatieve criteria van artikel 6, derde lid, is in dit voorbeeld voldaan.

6.2.4 Uitzondering kartelverbod: diensten van algemeen economisch belang

228. Als ten minste één van de bij de afspraak betrokken ondernemingen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, geldt artikel 6 Mw alleen als dit deze bijzondere taak niet verhindert (zie artikel 11 Mw). Uit de jurisprudentie blijkt dat uitzonderingen op de algemene regel, waardoor de werking van het mededingingsregime wordt beperkt, restrictief moeten worden uitgelegd.
229. Voor uitzondering van artikel 11 Mw moet voldaan zijn aan alle volgende voorwaarden:
- i) er moet sprake zijn van een dienst van algemeen economisch belang;
 - ii) er moet ten minste één betrokken onderneming *belast* zijn met deze dienst van algemeen economisch belang bij wettelijk voorschrift of door een besluit van een bestuursorgaan¹⁷⁶; en
 - iii) de uitoefening van de dienst van algemeen economisch belang wordt verhinderd als artikel 6 Mw onverkort toegepast zou worden.

¹⁷⁶ In bijzondere gevallen kan de dienst van algemeen economisch belang ook worden afgeleid uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten, zie onder meer Memorie van Toelichting op de Mededingingswet, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995 – 1996, 24 707, nr. 3, pagina 64 en Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 oktober 1997, *Commissie v Nederland*, C-157/94, Jur. 1997, p. 5699, r.o. 40. Factoren die kunnen duiden op het bestaan van een dienst van algemeen economisch belang zijn (onder meer) aanbodregulering, de regulering van prijs en kwaliteit en het feit dat de betreffende activiteiten uit de algemene middelen bekostigd worden.

230. De derde voorwaarde van artikel 11 Mw houdt in dat de betrokken onderneming bij onverkorte toepassing van artikel 6 Mw de haar toevertrouwde bijzondere taak, zoals die door de haar opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen wordt afgebakend, niet (onder economisch aanvaardbare omstandigheden) kan vervullen.¹⁷⁷
231. Artikel 11 Mw behelst een uitzondering op de onverkorte toepassing van de Mededingingswet, welke zoals eerder is aangegeven, restrictief moet worden uitgelegd. Mededingingsbeperkingen ten behoeve van de vervulling van taken van algemeen economisch belang mogen daarbij niet verder gaan dan nodig is ter vervulling van de opgedragen taken. De proportionaliteit en noodzakelijkheid zijn in het Europese mededingingsrecht aanvaarde criteria.¹⁷⁸

6.3 Samenwerkingsvormen

232. In paragraaf 6.2 is het algemene beoordelingskader van de Mededingingswet uiteengezet. De Mededingingswet biedt veel ruimte voor samenwerking en kent, zelfs waar samenwerking de mededinging beperkt, een scala aan uitzonderingsmogelijkheden, op basis waarvan mogelijk mededingingsbeperkende overeenkomsten toch zijn toegestaan. Van belang bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een overeenkomst is de positie van de betrokken partijen op de markt(en), de aard van de overeenkomst en het uiteindelijke voordeel voor de afnemers.
233. Samenwerkingsverbanden kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het verbeteren van de kwaliteit en efficiëntie van zorgverlening. Samenwerking kan zijn gericht op het afstemmen van de zorg ten behoeve van de zorgvraag van cliënten. Samenwerking kan bovendien een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, efficiëntievoordelen te behalen, knowhow gezamenlijk te benutten en (sneller) te innoveren. Zo kunnen ondernemingen in de thuiszorg door het gezamenlijk inkopen van hulpmiddelen bijvoorbeeld kosten besparen. De NMa staat in beginsel positief tegenover samenwerking, als ondernemingen daardoor in staat zijn efficiënter te werken, meer te innoveren en betere kwaliteit te leveren.
234. Bepaalde samenwerkingsverbanden kunnen echter ook nadelige gevolgen hebben voor de concurrentie en op die manier leiden tot ondoelmatigheid en lagere kwaliteit en daarom in strijd zijn met de regels van de Mededingingswet. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van een aantal concrete voorbeelden aangegeven welke grenzen de Mededingingswet stelt aan samenwerking. Benadrukt wordt, dat zelfs als de conclusie is dat de samenwerking in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw, deze niet direct ook verboden hoeft te zijn (zie hoofdstuk 6.2).
235. In de praktijk kan een overeenkomst tussen ondernemingen elementen bevatten van zowel horizontale als verticale afstemming.¹⁷⁹ Zo kan een diabetesketen bestaan uit een samenwerking tussen diëtisten en huisartsen (verticaal) en uit een samenwerking tussen huisartsen onderling

¹⁷⁷ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 oktober 1997, *Commissie v Nederland*, C-157/94, Jur. 1997, p. 5699, r.o. 52.

¹⁷⁸ Memorie van toelichting Mededingingswet, pagina 27.

¹⁷⁹ Zie rnr. 221 en 245 voor nadere uitleg wat verticale respectievelijk horizontale afstemming is.

(horizontaal). Het is vooral de verticale component die zal bijdragen aan een betere afstemming van de verschillende zorgdisciplines op de zorgvraag en dus de voordelen voor de patiënt oplevert. Bij een samenwerkingsverband met horizontale en verticale aspecten moeten eerst de horizontale aspecten van de overeenkomst getoetst worden aan de Mededingingswet. Reden hiervoor is dat de verticale component in het samenwerkingsverband (bijvoorbeeld de samenwerking tussen huisarts en diëtist) in het algemeen minder snel tot een beperking van de mededinging leidt dan de horizontale component (bijvoorbeeld de samenwerking tussen huisartsen). Als geoordeeld wordt dat de horizontale componenten in het samenwerkingsverband strijdig zijn met de Mededingingswet is het samenwerkingsverband in die vorm niet toegestaan en is een aparte beoordeling van de verticale beperkingen niet meer aan de orde, terwijl de verticale component mogelijk zelfstandig niet als mededingingsbelemmerend zou worden gezien. In het geval de horizontale aspecten van het samenwerkingsverband zodanig zijn dat ze geen merkbare beperking van de mededinging opleveren, zullen evenwel nog de verticale aspecten beoordeeld moeten worden. Ondanks de hypothese dat verticale afstemming over het algemeen voordelen op kan leveren voor patiënten, kunnen er in bijzondere gevallen ook marktafsluitende effecten optreden (zie ook paragraaf 6.3.3.2). Deze benadering geldt daarom ook voor de in dit hoofdstuk opgenomen samenwerkingsvormen voor zover deze zowel horizontale als verticale aspecten bevatten.

236. In de praktijk ontstaan vaak nieuwe samenwerkingsvormen. De voorbeelden in dit hoofdstuk zijn dan ook niet uitputtend. De voorbeelden betreffen een aantal representatieve situaties in verschillende deelsectoren van de zorg. De NMa maakt hierbij dankbaar gebruik van de vele suggesties voor praktijkvoorbeelden die tijdens de afgelopen consultatieronde zijn aangereikt. Ook hier geldt weer dat voor de beoordeling van overeenkomsten steeds een ‘case by case benadering’ nodig is, waarbij in ieder afzonderlijk geval gekeken moet worden naar de concrete omstandigheden.
237. In paragraaf 6.3.1 komt de samenwerking binnen één onderneming aan bod. In paragraaf 6.3.2 worden de mogelijkheden voor samenwerking tussen concurrenten nader toegelicht. In paragraaf 6.3.3 komen de afspraken tussen niet-concurrenten aan de orde en in paragraaf 6.3.4 wordt ten slotte aangegeven hoe bepaalde activiteiten van branche- of beroepsverenigingen zich verhouden tot de Mededingingswet.

6.3.1 Afspraken binnen één onderneming

238. Zoals in hoofdstuk 3 uiteen is gezet, is het kartelverbod alleen van toepassing op afspraken *tussen* twee of meer ondernemingen, dan wel besluiten van ondernemersverenigingen. Afspraken *binnen* één onderneming vallen niet onder het kartelverbod. Van één onderneming is sprake als de verschillende aanbieders één economische eenheid vormen. Dit staat los van de vraag of er sprake is van één rechtspersoon; de rechtsvorm van de economische eenheid is niet van belang. De economische eenheid hoeft dus niet samen te vallen met het bestaan van één rechtspersoon. Eén van de voorwaarden voor het bestaan van één economische eenheid is het bestaan van één permanent ondernemingsbestuur dat beslist over de strategische en commerciële belangen van de onderneming. Wanneer een dochteronderneming puur uitvoering geeft aan het strategische en commerciële beleid van haar moeder, kan zij dus niet als een zelfstandige onderneming worden gezien en worden moeder en dochter onder de Mededingingswet als één onderneming gezien.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Andere relevante factoren kunnen zijn: de interne verrekening van winst en verlies, gezamenlijke aansprakelijkheid jegens derden en gezamenlijke presentatie naar buiten toe.

Voorbeeld 15

In stad B zijn 20 diëtisten werkzaam. Om tijd te besparen besluiten de diëtisten gezamenlijk te gaan onderhandelen met de zorgverzekeraar over het tarief voor de te leveren zorg. Hiertoe richten de diëtisten een stichting op. De stichting heeft tot doel om namens de diëtisten een gezamenlijk tarief uit te onderhandelen met de zorgverzekeraar. De diëtisten blijven verder volledig zelfstandig. Is deze samenwerking geoorloofd op basis van de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, deze vorm van samenwerking is niet toegestaan. Er is hier geen sprake van een afspraak binnen één onderneming, omdat de diëtisten zelfstandig zeggenschap blijven houden over hun eigen activiteiten. Zij geven zelfstandig invulling aan hun strategische en commerciële beleid. De onafhankelijke diëtisten maken gezamenlijk prijsafspraken, hetgeen is verboden onder artikel 6 Mw. Het feit dat de samenwerking in de vorm van een stichting is neergelegd, is niet van belang voor de toepassing van de Mededingingswet. Immers, de diëtisten blijven zelfstandig werkzaam. De NMa kijkt naar afspraken tussen zelfstandige ondernemingen. Zuivere kwaliteitsafspraken, zoals hierna in paragraaf 6.3.2.5 beschreven, zouden in dezelfde casus echter wel geoorloofd zijn.

239. Ondernemingen kunnen vele verschillende juridische en organisatorische vormen aannemen. Zoals gezegd, is de juridische vorm van een onderneming niet beslissend voor de vraag of sprake is van één onderneming in de zin van de Mededingingswet. Hieronder wordt ingegaan op een aantal verschillende ondernemingsvormen die veel voorkomen in de zorgsector.
240. De maatschap is een voorbeeld van een onderneming die in de zorg kan voorkomen. De maatschap is een samenwerkingsvorm tussen twee of meer 'maten', die met wat zij inbrengen een bepaald doel nastreven. De inbreng van de maten kan bestaan uit arbeid, geld en/of goederen. De winsten en verliezen worden in beginsel verdeeld al dan niet in verhouding tot ieders inbreng. Soms beperkt de samenwerking zich uitsluitend tot het delen van bepaalde gezamenlijk te maken kosten, zoals ondersteuning en/of huur van een bedrijfsruimte. Een dergelijke 'kostenmaatschap' kan meestal niet als één onderneming worden beschouwd omdat de samenwerking beperkt is tot het delen van bepaalde kosten.
241. De maatschap en de maten vormen één onderneming wanneer de maten ieder voor zich geen commerciële vrijheid meer hebben en zelfstandig geen commerciële besluiten meer kunnen nemen.¹⁸⁰ Gekeken moet worden naar de invloed van de maatschap op de beslissingen die van essentieel belang zijn voor het strategische commerciële gedrag van de 'maat'. Om te kunnen spreken van één onderneming is het niet voldoende dat de maten hun beslissingsvrijheid op slechts een enkel terrein overdragen aan de maatschap en voor het overige alle commerciële vrijheid behouden.
242. In de praktijk zal van geval tot geval onderzocht moeten worden wat de commerciële vrijheid van de maten binnen de maatschap is. Aan de hand daarvan zal duidelijk worden of in het concrete geval de

¹⁸⁰ Zie besluit van de Commissie van 20 mei 1998, in zaak IV/M.1016 – *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, punt 10.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

maat of de maatschap als onderneming moet worden beschouwd. In geval de maten ondernemingen zijn, zal de maatschapsovereenkomst onder artikel 6 Mededingingswet kunnen vallen. In geval de maatschap als onderneming aangemerkt moet worden en de maten niet, is er sprake van afspraken binnen één onderneming.

Voorbeeld 16

Vijf longartsen die allen werkzaam zijn in hetzelfde ziekenhuis maken deel uit van een maatschap. Alle beslissingen die door de longartsen genomen moeten worden, bijvoorbeeld die betrekking hebben op de verhoudingen met het ziekenhuis (zoals vergoedingen voor behandelingen en aantallen te leveren uren zorg) en de behandelingen van patiënten (zoals voor te schrijven medicijnen), worden door de maatschap als geheel genomen. De longartsen kunnen niet zelfstandig besluiten om af te wijken van hetgeen binnen de maatschap is besloten. De winsten en verliezen van de maatschap worden verdeeld naar rato van het aantal behandelingen dat de longartsen afzonderlijk verrichten. Vormt de maatschap één onderneming in de zin van de Mededingingswet?

Antwoord:

Ja. De longartsen kunnen niet langer als afzonderlijke ondernemingen worden gezien, omdat zij alle bevoegdheden om beslissingen te nemen hebben overgedragen aan de maatschap. De maatschap is in dit geval één onderneming.

Wanneer de longartsen ieder afzonderlijk zouden bepalen welk beleid zij zouden voeren richting het ziekenhuis en patiënten, zouden de longartsen allen als afzonderlijke ondernemingen moeten worden beschouwd. Gezamenlijke afspraken van de longartsen met het ziekenhuis over bijvoorbeeld de hoogte van het honorarium zouden dan onder het kartelverbod kunnen vallen.

243. Een coöperatie is een rechtsvorm die ook veel voorkomt in de zorgsector. Een coöperatie is een vorm van een vereniging (coöperatieve vereniging). Wanneer meerdere zorgaanbieders tezamen een coöperatieve vereniging oprichten en/of daar lid van worden dan zullen zij in het algemeen zelf ook zelfstandige ondernemers blijven. Voor besluiten die worden genomen binnen een coöperatieve vereniging, waarvan de leden ondernemers zijn, geldt onverkort hetgeen in paragraaf 6.1.4 over ondernemersverenigingen wordt gezegd.

Voorbeeld 17

Een groep van 35 huisartsen, die allen actief zijn in één stad, richt een coöperatie op om gezamenlijk te onderhandelen met de zorgverzekeraars. Voor het overige blijven de huisartsen zelfstandig, dat wil zeggen dat zij hun eigen commerciële en strategische beleid bepalen. Kunnen de huisartsen hiermee gekwalificeerd worden als één onderneming (en vallen hun afspraken buiten het kartelverbod)?

Antwoord:

Nee. De coöperatie is een vereniging van huisartsen, maar de huisartsen blijven afzonderlijke ondernemingen. De afspraak binnen de coöperatie om gezamenlijk te onderhandelen met de zorgverzekeraars zal in beginsel dan ook onder het kartelverbod vallen en dus verboden zijn.

244. Als er feitelijk sprake is van het opgaan van verschillende ondernemingen in één onderneming, dan wordt de samenwerking niet meer beschouwd als een samenwerking tussen zelfstandige ondernemingen. De deelnemende ondernemingen worden voor de desbetreffende samenwerking gezien als één onderneming, het kartelverbod is in deze gevallen niet van toepassing. Wel kan dan sprake zijn van het tot stand brengen van een concentratie die, als de meldingsdrempels worden overschreden, vooraf gemeld moet worden bij de NMa. Zie in dit kader hoofdstuk 5.

6.3.2 Afspraken tussen concurrenten

245. Afspraken tussen concurrenten, ook wel aangeduid als horizontale overeenkomsten, zijn afspraken tussen ondernemingen die werkzaam zijn op hetzelfde niveau in de markt.¹⁸¹ Het gaat dan bijvoorbeeld om afspraken tussen huisartsen onderling of thuiszorginstellingen onderling. Onder concurrenten worden zowel daadwerkelijke als potentiële¹⁸² concurrenten verstaan.
246. Deze paragraaf gaat in op omstandigheden waaronder concurrenten wel en niet mogen samenwerken. In de navolgende tekst en voorbeelden wordt uitgegaan van samenwerkingsverbanden die boven de grenzen van de bagatelbepaling uitkomen en niet vallen onder een groepsvrijstelling. Een uitleg over de bagatelbepaling is te vinden in paragraaf 6.2.1.1.
247. Ingegaan wordt op vormen van samenwerking tussen concurrerende ondernemingen die bijna altijd verboden zijn, zoals het maken van prijsafspraken (waaronder het gezamenlijk onderhandelen over prijzen met een zorgverzekeraar) en het maken van marktverdelingsafspraken.¹⁸³ Daarnaast worden vormen van samenwerking besproken die in de regel niet in strijd zijn met het kartelverbod. Een self-assessment kan in het concrete geval uitwijzen of mededingingsrisico's zich daadwerkelijk voordoen en of de overeenkomst moet worden aangepast.

6.3.2.1 Prijsafspraken

248. In het algemeen strekken prijsafspraken tussen concurrenten, voor welk product of welke dienst dan ook, ertoe de mededinging te beperken.¹⁸⁴ Dergelijke beperkingen verminderen de normale

¹⁸¹ Vergelijk Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2, onder 1.

¹⁸² Een onderneming wordt als potentiële concurrent beschouwd indien er aanwijzingen zijn dat deze onderneming in staat is om op de korte of middellange termijn de vereiste investeringen te doen om de relevante markt te betreden, en dat waarschijnlijk ook werkelijk zou doen in reactie op een toename van winstmogelijkheden in de markt. Voorwaarde is dat er geen toetredingsdrempels zijn die toetreding onmogelijk maken. Zie hiervoor, rnr. 71 en 74.

¹⁸³ Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in de zaak 537/*Landelijke Huisartsen Vereniging* en besluit op bezwaar in zaak 537 van 21 december 2001 en het besluit van de d-g NMa van 15 december 2000 in zaken 590, 1570 en 1972/*Amicon – Vrijgevestigde Fysiotherapeuten*. Zie tevens de besluiten van de Raad van Bestuur van de NMa van 19 september 2008 in zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, en in zaak 6108, *Thuiszorg Kennemerland*.

¹⁸⁴ Zie besluit van de d-g NMa van 27 augustus 1998 in zaak 379/*KNMvD*, rnr. 64; besluit van de d-g NMa van 29 juli 1999 in zaak 613/*NVZP en LTO 1*, rnr. 33; besluit van de d-g NMa van 9 juli 1999 in zaak 642/*NVZP en LTO 2*, rnr. 46 en besluit van de d-g NMa van 30 juli 1999 in zaak 234/*Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel*, rnr. 25.

ondernemersrisico's. Overeenkomsten tussen ondernemingen die betrekking hebben op prijzen en tarieven, waaronder kortingen en toeslagen worden gerekend, vallen in de regel onder het kartelverbod.

249. In het verleden werd, vaak in het kader van de regulering in de zorg, door zorgaanbieders onderling op grote schaal gezamenlijk onderhandeld met de zorgverzekeraar. Dit gebeurde bijvoorbeeld via de beroepsorganisaties waarin de zorgaanbieders verenigd zijn. De Mededingingswet stelt beperkingen aan het gezamenlijk onderhandelen als hierbij prijsafspraken worden gemaakt. Prijsafspraken tussen concurrerende ondernemingen leiden er vrijwel altijd toe dat de afnemer hogere prijzen betaalt of niet de gewenste hoeveelheden ontvangt. De concurrentie wordt op deze wijze bijna altijd beperkt, waardoor de prikkel voor ondernemingen om zich te onderscheiden op kosteneffectiviteit of kwaliteit wordt verminderd. Het uitgangspunt is dan ook dat concurrerende zorgaanbieders individueel met een zorgverzekeraar onderhandelen over de prijs van de te leveren zorg.^{185 186}
250. Een verbod op het collectief onderhandelen door zorgaanbieders betekent niet dat de zorgverzekeraar verplicht is om met elke zorgaanbieder op individuele basis te onderhandelen. In de praktijk werken zorgverzekeraars regelmatig met standaardovereenkomsten, waarover niet of nauwelijks op individuele basis wordt onderhandeld. Dat is in beginsel toelaatbaar. Zie in dit kader ook hoofdstuk 4, dat ziet op de beoordeling van het misbruik van een machtspositie onder de Mededingingswet. Van belang is dat de zorgaanbieders individueel moeten bepalen of zij instemmen met de (standaard)voorwaarden die door de zorgverzekeraar worden gesteld.

6.3.3 Onderhandelen via een zorgmakelaar

251. Zorgaanbieders kunnen hun onderhandelingen met de zorgverzekeraar uitbesteden aan een zorgmakelaar. Een zorgmakelaar¹⁸⁷ treedt op als bemiddelaar tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar. Vaak onderhandelen meerdere zorgaanbieders met behulp van dezelfde zorgmakelaar.
252. Het inschakelen van een zorgmakelaar door zorgaanbieders zal in het algemeen efficiëntievoordelen kunnen hebben. Maar het onderhandelen via dezelfde zorgmakelaar door concurrerende zorgaanbieders kan ook leiden tot afstemming van marktgedrag. Het inschakelen van een zorgmakelaar valt onder het kartelverbod van artikel 6 Mw als de overeenkomst leidt tot afgestemde uniformering van het marktgedrag van de zorgaanbieders. Dit is het geval wanneer de

¹⁸⁵ Dit kan eventueel met behulp van een zorgmakelaar gebeuren (zie hierna, rnr. 251).

¹⁸⁶ Het is de zorgverzekeraar die marktleider is binnen het verzorgingsgebied van een ziekenhuis wel toegestaan om met betrekking tot het budgetgefinancierde A-segment tezamen met een vertegenwoordiger van een collectief van de overige zorgverzekeraars (de zogenaamde regiovertegenwoordiger) productie- en/ of capaciteitsafspraken te maken met het betreffende ziekenhuis. Op grond van de wet- en regelgeving zijn deze collectieve onderhandelingen namelijk te beschouwen als niet meer dan een noodzakelijke stap in de procedure van de totstandkoming van een besluit van de NZa. Zie ook de informele zienswijze "Regiovertegenwoordiging" van de NMa van 9 maart 2006, www.nmanet.nl.

¹⁸⁷ Of een persoon optreedt als zorgmakelaar hangt af van de feitelijke activiteiten die hij verricht. In de praktijk treden advocaten ook wel op als zorgmakelaar. Ook in die gevallen geldt de onderhavige paragraaf van de Richtsnoeren onverkort. Het verdient in dat verband aanbeveling dat in de gevallen waarin een advocaat als zorgmakelaar optreedt, hij zich als zodanig ook kenbaar maakt.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

concurrerende zorgaanbieders gezamenlijk een zorgmakelaar inschakelen met het doel om gezamenlijk te onderhandelen of als concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld wordt. De zorgmakelaar mag bovendien geen kartels faciliteren, bijvoorbeeld door de betreffende zorgaanbieders te adviseren om allen hetzelfde tarief te hanteren.

253. Vanzelfsprekend zal het onderhandelen via een zorgmakelaar door niet-concurrerende zorgaanbieders meestal geen probleem opleveren, aangezien er dan geen sprake is van een mededingingsbeperking. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het aanbieders van verschillende producten betreft (bijvoorbeeld huisartsen en fysiotherapeuten) of wanneer de aanbieders in verschillende geografische markten actief zijn.

Voorbeeld 18

Veertig fysiotherapeuten in de provincie Utrecht die werkzaam zijn op dezelfde geografische markt, vinden het door de zorgverzekeraar voorgestelde tarief van een consult niet toereikend. Zij komen bij elkaar en spreken af om een zorgmakelaar te laten onderhandelen met de zorgverzekeraar over het tarief. Is deze samenwerking geoorloofd op basis van de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, dit is op grond van de Mededingingswet niet toegestaan. De zorgaanbieders zijn in dit voorbeeld concurrenten van elkaar en mogen hun gedrag niet afstemmen met betrekking tot concurrentieparameters, zoals tarieven. De zorgmakelaar wordt in feite door de zorgaanbieders gebruikt om tariefafspraken te verbloemen. Zorgaanbieders moeten ervoor waken dat door middel van de zorgmakelaar afstemming van marktgedrag plaatsvindt waardoor de mededinging wordt beperkt.

Voorbeeld 19

Een huisarts uit Amsterdam besluit zijn onderhandelingen met de zorgverzekeraars over te laten aan een zorgmakelaar. De zorgmakelaar vertegenwoordigt ook andere huisartsen uit Amsterdam. De onderhandelingen voor de huisartsen worden afzonderlijk van elkaar gevoerd, gebaseerd op de opdracht die de huisartsen individueel aan de zorgmakelaar hebben gegeven. Er wordt geen informatie uitgewisseld tussen de huisartsen via de zorgmakelaar. Is dit toegestaan?

Antwoord:

Ja, dit is toegestaan. Feitelijk komt het er op neer dat de huisartsen allen afzonderlijk met de zorgverzekeraars onderhandelen, zij het dat dit gebeurt door middel van een zorgmakelaar. Er wordt geen concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld tussen de huisartsen.

254. Zorgmakelaars maken in sommige gevallen gebruik van een zogeheten 'klankbordgroep'. De klankbordgroep is meestal een door de zorgmakelaar samengestelde groep zorgaanbieders. Door middel van een klankbordgroep laat de zorgmakelaar zich informeren over onder andere zorginhoudelijke of beroepstechnische aangelegenheden. Ook krijgt de klankbordgroep de gelegenheid om voor haar belangrijke aspecten aan de zorgmakelaar kenbaar te maken. Een klankbordgroep is in beginsel toelaatbaar onder de Mededingingswet, maar mag in geen geval worden gebruikt als een forum om concurrentiegevoelige informatie te bespreken en/of gedrag af te stemmen, waarmee het een platform zou bieden voor een verkapt kartel. Een klankbordgroep van zorgaanbieders die de zorgmakelaar adviseert met betrekking tot tarieven of andere

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

concurrentieparameters kan tot afstemming van gedrag van concurrenten leiden. Daardoor heeft het mededingingsbeperkende effecten en valt de overeenkomst onder het kartelverbod.

Voorbeeld 20

Apotheken X, Y en Z hebben een gezamenlijke omzet van meer dan EUR 5.500.000. De apotheken zijn actief op dezelfde relevante markt, en hebben allen individueel besloten om dezelfde zorgmakelaar als adviseur in te schakelen. Zij hebben vervolgens ieder individueel met de zorgmakelaar afgesproken dat hij juridisch advies en uitleg geeft over de voorwaarden van het contract, waaronder de tarieven, die een zorgverzekeraar hen heeft aangeboden. De zorgmakelaar bespreekt met X, Y en Z gezamenlijk wat zij vinden van de contractvoorwaarden, waaronder de tarieven, waarna hij de voorstellen van X, Y en Z individueel met de zorgverzekeraar bespreekt. De resultaten worden door de zorgmakelaar individueel teruggekoppeld naar de apothekers. X, Y en Z besluiten vervolgens ieder voor zich of zij het voorstel van de zorgverzekeraar accepteren. Mogen de zorgaanbieders zich op deze wijze laten adviseren en bijstaan door de zorgmakelaar?

Antwoord:

Nee, hier is waarschijnlijk sprake van een kartel. De NMa is van mening dat een onderling afgestemd aanbod kan leiden tot een merkbare beperking van de mededinging. De zorgmakelaar mag niet met diverse concurrerende zorgaanbieders tegelijk een aanbod van de verzekeraar bespreken nu als gevolg daarvan concurrentiegevoelige informatie, waaronder de tarieven, tussen deze zorgaanbieders wordt uitgewisseld. De concurrentie tussen de apotheken X, Y en Z kan door deze uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie merkbaar worden aangetast. Immers, de informatie zal van invloed (kunnen) zijn op de door iedere zorgaanbieder te nemen beslissingen. X, Y en Z mogen wel gebruik maken van een zorgmakelaar als zij er met de zorgmakelaar voor zorgen dat geen concurrentiegevoelige informatie tussen hen wordt uitgewisseld.

255. Opgemerkt wordt dat wanneer een zorgmakelaar optreedt voor één onderneming, zoals bijvoorbeeld wanneer hij of zij een maatschap bijstaat of adviseert, dit niet leidt tot strijdigheid met het kartelverbod. Het begrip één onderneming is in paragraaf 6.3.1 toegelicht.

6.3.3.1 Marktverdelingsafspraken

256. Marktverdelingsafspraken zijn afspraken over vestiging, afspraken over de geografische verdeling van markten, afspraken over de verdeling van productmarkten en afspraken over de verdeling van klanten en patiëntenstromen. Marktverdelingsafspraken tussen concurrenten, voor welk product of welke dienst dan ook, in welke vorm dan ook, strekken ertoe de mededinging te beperken en zijn in beginsel verboden.¹⁸⁸ Het effect van dergelijke afspraken kan zijn dat de ondernemingen verzekerd zijn van afname en daardoor geen prikkel hebben om te innoveren of om op prijs te concurreren. Het is dan ook vaste jurisprudentie dat dit typen overeenkomsten tussen ondernemingen in beginsel onder het kartelverbod vallen en dat het niet aannemelijk is dat wordt voldaan aan de wettelijke uitzonderingscriteria (zie paragraaf 6.2.3).

¹⁸⁸ Zie besluit van de d-g NMa van 27 augustus 1998 in Zaak 379/*KNMvD*, rnr. 71-73; besluiten van de d-g NMa van 1 maart 2000 in zaken 1131, 1151, 1250/*Vestigingsbeleid eerstelijns psychologen*, rnr. 24-27; besluit van de d-g NMa van 23 maart 1999 in zaak 374/*Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen*, rnr. 61 en besluit op bezwaar van 24 maart 2000, rnr. 113.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Voorbeeld 21

In stad A zijn dertien verloskundigenpraktijken actief. Deze verloskundigenpraktijken hebben de patiënten uit de stad onderling verdeeld. Zij hebben daarvoor een verdeelsleutel afgesproken. De afspraak, die niet onder de bagatelregeling van artikel 7 Mw valt, is dat iedere praktijk een wijk in de stad krijgt toegewezen. Als een nieuwe patiënt zich meldt bij 'de verkeerde' praktijk, dan wordt zij door de praktijk doorverwezen naar de concurrent. Is deze afspraak toegestaan op basis van de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, de afspraak tussen deze dertien verloskundigenpraktijken is een marktverdelingafspraken en is verboden. De afspraak leidt ertoe dat de keuzevrijheid van de cliënt beperkt wordt en dat de verloskundigenpraktijken niet meer hun best moeten doen voor de gunst van de cliënt. De verloskundigen worden mogelijk niet meer geprikkeld om zich bijvoorbeeld op kwaliteit te onderscheiden of de dienstverlening zo klantvriendelijk mogelijk in te richten. Immers, door de verdeelsleutel zijn nieuwe patiënten gegarandeerd. De afspraak strekt er in dit geval toe de mededinging te beperken. Individuele verloskundigen mogen wel zelfstandig en voor hun eigen praktijkvoering bepalen wat het werkgebied is en dit aan cliënten communiceren.

Voorbeeld 22

Vertegenwoordigers van zorgverzekeraar Y en van de door haar gecontracteerde logopedisten vormen een commissie. Deze commissie toetst of de vestiging van nieuwe logopedisten nadelig is voor reeds gecontracteerde praktijken. De commissie adviseert vervolgens de zorgverzekeraar over de vraag of hij met de nieuwkomer een contract moet sluiten. Is deze samenwerking geoorloofd in het licht van de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee. Nieuwkomers zijn door dit systeem afhankelijk van de goedkeuring van al gevestigde concurrenten. In feite kan sprake zijn van een kartel. Het belemmeren van toetreding en het hanteren van een vestigingsbeleid door de logopedisten is een vorm van marktverdeling met het doel de mededinging te beperken en is verboden op grond van het kartelverbod. Dit laat onverlet dat de zorgverzekeraar in beginsel wel zelfstandig een beleid mag hanteren waarbij hij belang hecht aan de spreiding van logopedisten in een bepaald gebied.

6.3.3.1.1 Nieuwe gebieden

257. In de praktijk wordt de zorg in zogeheten ‘nieuwe gebieden’ soms georganiseerd met behulp van afspraken tussen zorgaanbieders. Wanneer nieuwe woonwijken worden gerealiseerd of wanneer bestaande woonwijken door stedelijke vernieuwing ingrijpend veranderen, worden zorgaanbieders (en ook gemeenten en zorgkantoren) geconfronteerd met de vraag hoe het zorgaanbod in een dergelijke wijk georganiseerd kan worden. Zo moeten bijvoorbeeld nieuwe locaties voor intramurale verzorging en verpleging en dienstencentra in deze ‘nieuwe gebieden’ worden gerealiseerd.
258. Het komt regelmatig voor dat zorgaanbieders bij elkaar komen om te spreken over het zorgaanbod in nieuwe gebieden. Afstemming tussen de zorgaanbieders over puur zorginhoudelijke aspecten kan noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld wanneer verschillende vormen van zorg voor één cliënt door verschillende zorgaanbieders worden aangeboden. Aangenomen mag worden dat dit de kwaliteit van de zorg ten goede komt en dergelijke afstemming zal meestal ook geen probleem opleveren met de Mw.
259. Het is echter mogelijk dat de afstemming (veel) verder gaat dan puur zorginhoudelijke aspecten. Zo kan het zijn dat de zorgaanbieders bij elkaar komen om te bepalen wie op welke locatie in de wijk een bepaalde vorm van zorg levert. Dergelijke afstemming leidt tot een ernstige beperking van de mededinging wanneer zij feitelijk een marktverdeling tussen de betreffende zorgaanbieders realiseert.

Marktverdelingsafspraken tussen zorgaanbieders sluiten de onderlinge concurrentie uit en zijn dus in principe in strijd met de Mededingingswet.

Voorbeeld 23

In een gemeente wordt een Vinex-wijk gerealiseerd. Om de zorgverlening in de wijk goed te organiseren komen de huisartsen die zich in de wijk gaan vestigen bijeen om een waarnemingsregeling voor de vakantieperioden te bespreken. Hierbij wordt gesproken over welke patiënten wanneer naar welke huisarts moeten. Is deze toegestaan op basis van de Mededingingswet?

Antwoord:

Ja. De afspraak leidt tot een verbetering van de zorgverlening aan cliënten. Van belang is wel dat de huisartsen geen verdere afspraken maken over de individuele invulling van de dienstverlening aan cliënten (bijvoorbeeld openingsuren van de praktijk) of de voorwaarden waartegen de zorg wordt geleverd (bijvoorbeeld de prijs van een consult). Zie over waarneming verder paragraaf 6.3.3.7

Voorbeeld 24

Er vindt een grootschalig project voor stedelijke vernieuwing plaats in een gemeente. Bestaande huizen en zorgcentra worden afgebroken en de wijk wordt opnieuw ingericht. Onderdeel van de nieuwe inrichting zijn ook verschillende woonzorgcentra.

De gemeente verzoekt de bestaande aanbieders van intramurale verzorging en verpleging in de wijk bij elkaar te komen en tot een goede verdeling te komen van de geplande woonzorgcentra. De zorgaanbieders doen dit en stellen een plan op, waarin per locatie wordt aangegeven wie de verantwoordelijke zorgaanbieder is en hoeveel plaatsen voor intramurale verzorging en/of verpleging op die locatie zullen worden geëxploiteerd. Is deze samenwerking toegestaan?

Antwoord:

Nee, in principe niet. De aanbieders van intramurale verzorging en verpleging zijn concurrenten van elkaar, omdat zij actief zijn op dezelfde markt. Er is dus sprake van een horizontale afspraak. Deze afspraak kan worden gekwalificeerd als een marktverdelingsafpraak en kan bijvoorbeeld de mogelijkheden voor onderlinge concurrentie en nieuwe toetreding beperken. Een marktverdelingsafpraak leidt in het algemeen tot een ernstige verstoring van de mededinging en is dan ook niet snel noodzakelijk en proportioneel voor het organiseren van de zorg in de wijk. De afspraak is dus in strijd met artikel 6 Mw, tenzij de zorgaanbieders kunnen aantonen dat is voldaan aan de vereisten voor vrijstelling onder artikel 6, derde lid, Mw) dat de afspraak leidt tot een verbetering van de zorg, ii) dat die verbetering wordt doorgegeven aan de cliënten (afnemers), iii) dat die verbetering niet op een minder mededingingsbeperkende manier kan worden gerealiseerd én iv) dat er voldoende andere concurrenten overblijven. Het feit dat de zorgaanbieders de afspraak hebben gemaakt op verzoek van de gemeente doet hieraan niet af. De gemeente zou in een dergelijk geval ook de regie kunnen voeren door een aanbesteding uit te schrijven. Het bestek kan daarbij worden opgesteld met behulp van een klankbordgroep waarin mogelijke aanbieders van wonen en zorg vertegenwoordigd zijn.

6.3.3.1.2 Levering van zorg in dunbevolkte gebieden en 24-uurs zorg

260. Het is mogelijk dat het leveren van bepaalde vormen van zorg in een (deel van een) gemeente of een groep van gemeenten voor zorgaanbieders niet rendabel is. Dit kan worden veroorzaakt door kenmerken van een gebied, zoals dunbevolktheid, of doordat relatief weinig mensen gebruik maken van een bepaalde vorm van zorg. In het laatste geval kan het gaan om 24-uurs zorg, zoals nachtzorg en persoonlijke alarmering. De kosten van het leveren van deze zorg zijn voor zorgaanbieders soms hoger dan de opbrengsten. Dit geldt in sterkere mate wanneer meerdere zorgaanbieders met elkaar concurreren om de gunst van de cliënt in het betreffende gebied of voor de betreffende vorm van zorg. Het gevolg hiervan kan zijn dat het voor één zorgaanbieder zonder samenwerking niet mogelijk is het product aan te bieden.
261. Het komt dan ook voor dat zorgaanbieders bij elkaar komen om te spreken over het zorgaanbod van 24-uurs zorg of zorg in gebieden waar het voor één zorgaanbieder ondoelmatig zou zijn een specifiek product aan te bieden. Zo is het mogelijk dat de zorgaanbieders voor deze specifieke vormen van zorg afspreken welke aanbieder op welk moment van de dag of de week de zorg aanbiedt. Dit is toegestaan. Een bepaalde mate van afstemming tussen de zorgaanbieders kan tenslotte noodzakelijk zijn om de verlening van deze specifieke vormen van zorg te kunnen

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

garanderen. Afstemming die niet verder gaat dan strikt noodzakelijk om zorgverlening te kunnen verzekeren zal dan ook geen strijd met de Mededingingswet opleveren. De zorg moet dus niet op een minder beperkende manier kunnen worden gewaarborgd.

262. Zorgaanbieders die afspraken maken over levering van zorg in dunbevolkte gebieden of over 24-uurs zorg, maken soms ook afspraken die verder gaan dan wat noodzakelijk en proportioneel is voor het leveren van deze zorg. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer er meer zorgaanbieders bij betrokken worden dan strikt noodzakelijk. Een ander voorbeeld is het geval dat thuiszorgaanbieders naast de afspraken over 24-uurs zorg ook afspraken maken over het leveren van andere vormen van zorg, zoals huishoudelijke hulp en persoonlijke verpleging of verzorging. Het is niet noodzakelijk en proportioneel om bijvoorbeeld aanvullend af te spreken dat thuiszorgaanbieders geen persoonlijke verzorging in bepaalde gebieden zullen leveren. De hiervoor beschreven vormen van afstemming leiden tot een ernstige beperking van de mededinging, die niet kan worden gerechtvaardigd door de afspraken die zorgverlening moeten veiligstellen. Dergelijke afspraken zullen in principe in strijd zijn met de Mededingingswet.

Voorbeeld 25

In een dunbevolkt gebied ergens in Nederland zetten vier thuiszorgaanbieders een gezamenlijk team van verzorgenden op dat de nachtzorg in het gebied moet uitvoeren. De reden hiervoor is dat het in dat betreffende gebied niet doelmatig is om alle zorgaanbieders zelfstandig nachtzorg te laten leveren. De zorgaanbieders maken afzonderlijk voor hun aandeel in de uitvoering van de nachtzorg een productieafpraak met het zorgkantoor. Over de individuele productieafspraken met het zorgkantoor vindt geen afstemming plaats tussen de thuiszorgaanbieders. Is deze samenwerking toegestaan in het licht van de Mededingingswet?

Antwoord:

Ja. In dat betreffende gebied is het niet doelmatig om alle zorgaanbieders zelfstandig nachtzorg te laten leveren. Aannemelijk is dat de afspraak leidt tot een verbetering van de zorgverlening aan cliënten en waarschijnlijk geen problemen met de Mededingingswet zal opleveren. De samenwerking is proportioneel omdat deze zich beperkt tot afspraken over de uitvoering van de nachtzorg. Op andere aspecten van de zorgverlening blijven de vier thuiszorgaanbieders concurreren.

Voorbeeld 26

Er is sprake van dezelfde situatie als in voorbeeld 25. Maar de thuiszorgaanbieders maken ook afspraken over het verlenen van andere vormen van thuiszorg. Zij richten gezamenlijk een *front office* in, waar alle verzoeken om zorgverlening binnenkomen. De potentiële cliënten wordt gevraagd naar hun postcode, en op basis daarvan worden ze doorverbonden naar één van de vier thuiszorgaanbieders. Is deze samenwerking conform de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee. Het maken van afspraken over wie in welke gebieden overige vormen van thuiszorg verleent, is niet noodzakelijk en proportioneel om te zorgen voor een doelmatige levering van nachtzorg aan cliënten in het betreffende gebied. Deze marktverdeling levert een ernstige beperking van de mededinging op. Ook in dit voorbeeld handelen de thuiszorgaanbieders in strijd met de Mededingingswet.

Voorbeeld 27

In een dunbevolkt gebied ergens in Nederland richten drie thuiszorgaanbieders een gezamenlijke centrale meldkamer in, waar de alarmoproepen binnenkomen van hulpbehoevende cliënten van de aanbieders. De meldkamer wordt bemand door een team samengesteld uit medewerkers van de drie zorgaanbieders. De zorgaanbieders maken ieder voor hun aandeel in de uitvoering van de nachtzorg een productieafsprake met het zorgkantoor. Over de individuele productieafspraken met het zorgkantoor vindt geen afstemming plaats tussen de thuiszorgaanbieders. Is dit toegestaan?

Antwoord:

Ja, dit is toegestaan. Door dit gezamenlijke project kunnen de drie thuiszorgaanbieders garanderen dat er bij een hulpoproep altijd binnen bijvoorbeeld 15 minuten een professionele hulpverlener aanwezig kan zijn. In dit geval is het aannemelijk dat de samenwerking noodzakelijk en proportioneel is om de levering van persoonlijke alarmering aan alle cliënten in het betreffende gebied binnen een bepaalde tijd te kunnen waarborgen. Aannemelijk is dat een goede bereikbaarheid van een centrale meldkamer leidt tot een verbetering van zorg die de cliënt direct ten goede komt.

Voorbeeld 28

Er is sprake van dezelfde situatie als in voorbeeld 27. De thuiszorgaanbieders spreken echter aanvullend af dat zij geen andere vormen van zorg, zoals Verzorging of Verpleging zullen leveren aan cliënten afkomstig uit het oorspronkelijk werkgebied van de andere thuiszorgaanbieders. Daarnaast is afgesproken dat wanneer een verzorgende van aanbieder X reageert op een alarmoproep van een cliënt uit het werkgebied van aanbieder Y, de verzorgende niet voor andere vormen van zorg aanbieder X mag aanbevelen, maar moet doorverwijzen naar aanbieder Y. Is deze samenwerking in overeenstemming met de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee. Net als in voorbeeld 26 is deze marktverdelingsafspraken niet noodzakelijk en proportioneel om de levering van persoonlijke alarmering in het betreffende gebied te garanderen. De aanvullende afspraken die de thuiszorgaanbieders zijn overeengekomen, zijn dus in strijd met de Mededingingswet.

6.3.3.2 Aanbestedingsafspraken

263. Als zorginkopers bij het inkopen van zorg gebruik maken van aanbestedingsprocedures brengt dit voor zorgaanbieders onzekerheden met zich mee. Wanneer een zorgaanbieder in de regio waar hij actief is geen gunning krijgt, kan deze daar in principe geen zorg meer leveren. Dit kan zeer grote gevolgen hebben voor het personeel, het marktaandeel en de levensvatbaarheid van deze zorgaanbieder. Toch is het van belang dat de aanbieder die de economisch voordeligste inschrijving heeft gedaan de aanbesteding wint.
264. Om de onzekerheden die een aanbesteding met zich brengt te verminderen en/of kansen om een gunning te krijgen te vergroten, zijn er zorgaanbieders die elkaar opzoeken voorafgaand aan het aanbestedingsproces. Als deze zorgaanbieders concurrenten van elkaar zijn, in veel gevallen is dat al

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

zo wanneer zij dezelfde zorg leveren, moeten zij oppassen dat zij de Mededingingswet niet overtreden.

265. Aanbestedingsafspraken zijn afspraken tussen individuele inschrijvers, bijvoorbeeld zorgaanbieders, die tot doel hebben het concurrentieproces bij een aanbesteding te beïnvloeden. Bij een aanbestedingsafpraak stemmen de betrokken ondernemingen hun marktgedrag ten aanzien van een aanbesteding (vooraf) met elkaar af. Een voorbeeld van een dergelijke afspraak vormt het vooroverleg tussen zorgaanbieders waarbij wordt bepaald onder welke (prijs)voorwaarden wordt ingeschreven. Hiermee wordt door de betrokken ondernemingen ook getracht te bepalen welke onderneming de opdracht zal krijgen en de diensten zal gaan leveren. Dergelijke afspraken beperken de mededinging en zijn zeer zware overtredingen van de Mededingingswet. Ondernemingen moeten zelfstandig besluiten of zij inschrijven op een aanbesteding en onder welke voorwaarden zij dat doen. Het is niet aannemelijk dat aanbestedingsafspraken aan de wettelijke uitzonderingscriteria op het kartelverbod voldoen. Meestal zullen aanbestedingsafspraken niet noodzakelijk en proportioneel zijn om een inhoudelijke samenwerking te realiseren.
266. Het probleem van contacten tussen concurrenten voorafgaand aan het indienen van de offertes is dat zij mogelijk een hogere prijs kunnen offeren of een lagere kwaliteit kunnen bieden, dan zij zonder deze contacten hadden gekund. Dit geldt in principe wanneer er prijsafspraken of marktverdelingsafspraken gemaakt worden. Ook als niet onderling één prijs afgesproken wordt, maar de zorgaanbieders aan elkaar mededelen welke prijs zij zelf van plan zijn te hanteren, kan dit leiden tot een hogere prijs. Er behoort onzekerheid te zijn over het toekomstige marktgedrag van concurrenten. Als die onzekerheid wordt verminderd, beperkt dit de mededinging, wat tot gevolg kan hebben dat de geoffreerde prijzen hoger uitvallen.

Voorbeeld 29

Gemeente X organiseert een aanbesteding voor de levering van hulp bij het huishouden in de eigen gemeente. Er zijn 6 thuiszorginstellingen die (individueel) op de aanbesteding willen inschrijven. De thuiszorginstellingen hebben echter vernomen dat er bij aanbestedingen voor hulp bij het huishouden in andere gemeenten tegen zeer lage tarieven is ingeschreven. Om dit te voorkomen spreken de ondernemingen af om niet onder de in het bestek gestelde maximumtarieven in te schrijven. Is dit toegestaan onder de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, elke thuiszorgonderneming moet zelfstandig bekijken of zij inschrijft op de door gemeente X gehouden aanbesteding en tegen welke voorwaarden dat gebeurt. De afspraak van de thuiszorginstellingen om gezamenlijk een bepaald tarief te hanteren bij de inschrijving beperkt de mededinging en is verboden. Aangezien het niet gaat om afspraken tussen ondernemingen die gezamenlijk hebben ingeschreven in een combinatie of onderaannemingsconstructie, maar om afspraken tussen individuele inschrijvers zijn de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009 in dit geval niet van toepassing.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

267. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen aanbestedingsafspraken als hierboven bedoeld en de zogeheten 'combinatieovereenkomsten'. In de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009¹⁸⁹ worden combinatieovereenkomsten als volgt omschreven: *"(...) overeenkomsten tussen twee of meer zelfstandige ondernemingen waarin ter zake van een aanbesteding de gezamenlijke indiening door die ondernemingen van een inschrijfcijfer voor de desbetreffende opdracht en de gezamenlijke uitvoering van die opdracht worden geregeld."* Een combinatieovereenkomst is dus een overeenkomst waarbij twee of meer zelfstandige ondernemingen gezamenlijk (als één inschrijver) inschrijven op een aanbesteding. Van belang is dat de prijs waartegen gezamenlijk wordt ingeschreven bij een combinatieovereenkomst, gezamenlijk mag worden bepaald door de deelnemende partijen.
268. Bepaalde combinatieovereenkomsten vallen op grond van de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009 door hun aard niet onder het kartelverbod van artikel 6 Mw. Dit is het geval wanneer:
- i) de betrokken ondernemingen geen concurrenten van elkaar zijn,
 - ii) de betrokken ondernemingen concurrenten van elkaar zijn, maar geen van de betrokken ondernemingen in staat is de opdracht zelfstandig uit te voeren,
 - iii) de combinatieovereenkomst de mededinging niet merkbaar beperkt. De betrokken ondernemingen hebben gezamenlijk niet meer dan 10 procent marktaandeel,
 - iv) de combinatieovereenkomst wordt afgedwongen door de opdrachtgever, of
 - v) de combinatieovereenkomst is gesloten tussen ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren.
269. Combinatieovereenkomsten vallen wel onder het kartelverbod, wanneer zij ertoe strekken de mededinging te beperken. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer alle ondernemingen die een bepaalde opdracht zelfstandig kunnen uitvoeren, één combinatie vormen voor een aanbesteding met de bedoeling de concurrentie uit te schakelen. Een ander voorbeeld is indien één partij bij de overeenkomst alleen pro forma deelneemt. In dit soort gevallen is dan sprake van een verboden 'pseudo-combinatieovereenkomst'.¹⁹⁰ Nog een voorbeeld van een verboden combinatieovereenkomst is de situatie waarin ondernemingen afspreken voor een onbepaald aantal toekomstige aanbestedingen telkens bij elkaar na te gaan of zij gezamenlijk willen inschrijven.
270. Indien geen van de in randnummer 268 genoemde gevallen van toepassing is en een combinatie ook niet verboden is omdat zij ertoe strekt de mededinging te beperken, kan zij toch onder dat verbod vallen indien zij als gevolg heeft dat zij de mededinging beperkt. Van negatieve gevolgen voor de mededinging vallen te verwachten, indien partijen al een zekere marktmacht hebben of verwerven en wanneer de combinatieovereenkomst bijdraagt tot het tot stand brengen, behouden of versterken van die marktmacht, dan wel partijen in staat stelt dergelijke marktmacht te gebruiken.
271. Inschrijven in onderaanneming is, net als combinatievorming, een wijze van samenwerken bij aanbestedingen. Wanneer hoofdaannemer en onderaannemer concurrenten van elkaar zijn, is het

¹⁸⁹ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9153048, met betrekking tot de toepassing door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van artikel 6 van de Mededingingswet ten aanzien van combinatieovereenkomsten (hierna: Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009), Staatscourant 2009, nr. 14082.

¹⁹⁰ Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009, rnr. 43.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

mogelijk dat de overeenkomst van onderaanneming onder artikel 6 Mw valt.¹⁹¹ Onderaanneming kan in bepaalde situaties echter wel toelaatbaar zijn. Zo is het denkbaar dat een kleine zorgaanbieder alleen niet kan voldoen aan bepaalde eisen van de aanbestedende dienst, zoals het kunnen leveren van een bepaald minimum volume zorg. Het is dan toegestaan dat deze (concurrerende) zorgaanbieder in onderaanneming inschrijft bij een andere zorgaanbieder die wel aan de eisen van de aanbestedende dienst kan voldoen. Daarnaast is het toegestaan om, wanneer het aanbestedingsbestek hiertoe ruimte laat, na het verlenen van de gunningen door de gemeenten een onderaannemingsovereenkomst te sluiten.

Voorbeeld 30

Een gemeente besteedt de huishoudelijke hulp aan. In het bestek heeft de gemeente de voorwaarde opgenomen dat een inschrijver moet garanderen dat zij minimaal 10 procent van de uren die naar verwachting in die gemeente geleverd moeten worden, kan leveren. In deze gemeente is een aantal kleinere zorgaanbieders actief die zich richten op een specifieke regio in die gemeente, of op een specifieke doelgroep, waardoor zij niet zelfstandig aan die norm van 10 procent kunnen voldoen. Twee zorgaanbieders besluiten daarom om gezamenlijk in te schrijven als een combinatie. Hierbij is dus sprake van een horizontale samenwerking tussen concurrenten. Is deze samenwerking toegestaan onder de Mededingingswet?

Antwoord:

Ja, deze samenwerking is toegestaan. Nu deze zorgaanbieders niet zelfstandig in staat zijn om in te schrijven op de aanbesteding, mogen zij op dit gebied samenwerken, zonder dat dat in strijd zal zijn met de Mededingingswet.¹⁹² Dit houdt dus ook in dat er ter voorbereiding van de offerte over prijzen en werkgebieden gesproken mag worden. Doorslaggevend hierbij is dat beide zorgaanbieders niet in staat zijn om zelfstandig in te schrijven.

¹⁹¹ Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009, rnr. 33.

¹⁹² Zie ook Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, punt 24.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Voorbeeld 31

Een gemeente houdt een aanbesteding voor huishoudelijke hulp. In deze gemeente wordt de huishoudelijke hulp op dat moment aangeboden door zes verschillende zorgaanbieders. Eén van deze zorgaanbieders is de traditionele thuiszorgaanbieder, die veruit de meeste huishoudelijke hulp levert (ca. 80 procent). Van de andere zorgaanbieders zijn er drie die van oorsprong kleine intramurale spelers zijn. Deze spelers leveren met name huishoudelijke hulp in hun aanleunwoningen en in een beperkte straal daar omheen.

De grote traditionele thuiszorgaanbieder besluit in combinatie met de drie kleine intramurale spelers in te schrijven. De kleine intramurale spelers kunnen niet zelfstandig inschrijven, omdat zij niet kunnen voldoen aan de eis in het bestek dat zij moeten garanderen tenminste 10 procent van de uren in die gemeente te leveren. Voor de traditionele thuiszorgaanbieder geldt uiteraard dat zij wel in staat was om zelfstandig in te schrijven. Is deze samenwerking toegestaan?

Antwoord:

Nee, dit is niet toegestaan. De traditionele thuiszorgaanbieder is een speler met een zeer sterke positie in deze gemeente. Zij is in staat zelfstandig de zorg te leveren en dus ook om zelfstandig in te schrijven op de aanbesteding voor huishoudelijke hulp. Zij mag dus niet in combinatie met haar concurrenten inschrijven, omdat de drie kleine intramurale spelers in combinatie ook kunnen inschrijven. Daardoor zou de mededinging geheel uitgeschakeld kunnen worden. De drie kleine intramurale spelers mogen wel in combinatie met elkaar inschrijven. Zo kunnen zij concurreren met de grote thuiszorgaanbieder in de aanbestedingen.

Voorbeeld 32

Een traditionele thuiszorgaanbieder uit gemeente A schrijft, in combinatie met de grote thuiszorgaanbieder uit de naastgelegen gemeente, in op de aanbestedingen voor huishoudelijke hulp in gemeente A. Onderling spreken zij af dat als zij gegund krijgen, alleen de zorgaanbieder die al in gemeente A actief was, de huishoudelijke hulp zal leveren. Beide zorgaanbieders waren ook in staat geweest zelfstandig in te schrijven en maakten allebei afzonderlijk een redelijke kans op een gunning. Is dit toegestaan?

Antwoord:

Nee, dit mag niet. Een dergelijke overeenkomst is eigenlijk een zogenoemde pseudo-combinatieovereenkomst (zoals beschreven in randnummer 43 van de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009). Zij is in wezen een dekmantel voor een concurrentiebeperkende afspraak. Deze twee zorgaanbieders sluiten onderling de concurrentie uit, wat kan leiden tot een hogere prijs, dan wel een lagere kwaliteit. Omdat de zorgaanbieders wel in combinatie hebben ingeschreven, maar niet in combinatie uitvoering zullen geven aan de opdracht, brengt de combinatievorming geen (efficiëntie)voordelen met zich mee. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat een dergelijke overeenkomst op basis van artikel 6, derde lid Mw kan worden vrijgesteld.

6.3.3.3 Gemeenschappelijke leveringsweigering

272. Ook afspraken die een gemeenschappelijke leveringsweigering (boycot) beogen, beperken de mededinging in de regel. Elke onderneming moet in principe individueel besluiten of zij aan een andere partij producten of diensten wil leveren. Een collectieve boycot of leveringsweigering is een afgestemde weigering van een groep van ondernemingen om met één of meer andere ondernemingen, bijvoorbeeld leveranciers of afnemers, een overeenkomst aan te gaan. Dit kan ook het geval zijn wanneer de leveringsweigering vanuit een ondernemings- of branchevereniging wordt gecoördineerd, bijvoorbeeld de afspraak dat geen diensten worden geleverd aan niet-leden of 'niet-erkende' wederpartijen.¹⁹³ Het is niet aannemelijk dat dergelijke afspraken voldoen aan de wettelijke uitzonderingscriteria op het kartelverbod.

Voorbeeld 33

De apothekers in regio A zijn niet tevreden met het besluit van zorgverzekeraar Y om de inkoop van geneesmiddelen in die regio voor zijn verzekerden aan te besteden en de apothekers te verplichten om zich te houden aan de afspraken die zorgverzekeraar Y gemaakt heeft met de leveranciers van geneesmiddelen. Aanbesteding van de inkoop van geneesmiddelen kan leiden tot goedkopere inkoop. Voor de apothekers kan dit echter omzetverlies opleveren. De apothekers roepen een vergadering bijeen en spreken af dat zij geen geneesmiddelen meer verstrekken aan verzekerden van zorgverzekeraar Y totdat de verzekeraar van zijn plannen afziet. Is deze samenwerking geoorloofd?

Antwoord:

Nee. Elke apotheker moet zelfstandig beslissen of hij diensten en/of producten wil leveren aan in dit geval verzekerden van zorgverzekeraar Y. De afspraak van de apothekers om de verzekerden van de zorgverzekeraar te boycotten om de genoemde redenen beperkt de mededinging en is verboden op grond van het kartelverbod.

6.3.3.4 Zuivere kwaliteitsafspraken

273. Afspraken over kwaliteitsbevordering leveren in het algemeen geen concurrentiebeperking op wanneer deze enkel tot doel hebben om via *objectieve en transparante criteria* de verantwoordelijkheden en de bekwaamheden van de zorgaanbieders zeker te stellen en het algemene kwaliteitsniveau van de te verlenen zorg te bevorderen.¹⁹⁴ Daarom zijn afspraken zoals vastgelegd in standaarden en protocollen over nascholing, intercollegiale toetsing, technische aspecten van automatisering en objectieve (minimum-) kwaliteitseisen niet aan te merken als mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 6 Mw, aangezien zij zuiver en alleen de kwaliteit van de te verlenen zorg betreffen. Ook overleg over administratieve procedures levert in deze context

¹⁹³ Zie het besluit van de d-g NMa van 29 augustus 2002 in zaak 2422/*Tolsma vs AUV en Aesculaap*; het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 26 november 1975, *Papiers Peints t. Commissie*, in zaak 73/74, Jur. 1975, p. 1491 in beroep tegen beschikking van de Europese Commissie van 23 juli 1974, *Papiers Peints de Belgique*, Pb 1974 L237/3; het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 29 oktober 1980, Landewyck Sarl & Ors tegen Commissie, gevoegde zaken 209 tot 215 en 218/78, Jur. 1980, p. 3125 in beroep tegen beschikking van de Europese Commissie van 20 juli 1978, *FEDETAB*, Pb 1978 L224/29.

¹⁹⁴ Vergelijk de beschikking van de Commissie van 7 april 1999, *EPI-Gedragscode*, Pb 1999, L 106/14, rnr. 29. Zie ook het besluit van de d-g NMa van 15 december 2000 in zaken 590, 1570 en 1972/*Amicon – Vrijgevestigde Fysiotherapeuten*.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

geen concurrentiebeperkingen op, aangezien de samenwerking uitsluitend ziet op een efficiënte procedurele en administratieve bedrijfsvoering.¹⁹⁵

274. Als afspraken over kwaliteit gekoppeld worden aan andere doelstellingen of afspraken die niet direct met kwaliteit samenhangen, moeten deze aanvullende afspraken apart op hun verenigbaarheid met het kartelverbod getoetst worden. Dergelijke aanvullende afspraken kunnen betrekking hebben op belangrijke concurrentieparameters, bijvoorbeeld door vast te stellen hoeveel behandelingen onderdeel zijn van een Diagnose Behandel Combinatie. Daarnaast kan worden gedacht aan het uitwisselen van informatie tussen de betrokken ondernemingen. Als zorgaanbieders bijvoorbeeld afspraken maken over protocollen en daarbij tevens (concurrentiegevoelige) informatie met betrekking tot het prijsbeleid uitwisselen, moet apart worden getoetst of de informatie-uitwisseling verenigbaar is met het kartelverbod.¹⁹⁶ Per geval moet dus beoordeeld te worden welke aspecten van een afspraak mededingingsbeperkend kunnen zijn.
275. In elk geval mogen kwaliteitsafspraken niet in de weg staan van innovaties. Ontwikkelingen van bijvoorbeeld nieuwe behandelmethodes mogen niet worden geremd door de gemaakte afspraken. Ook mogen kwaliteitsafspraken geen belemmering vormen voor diversiteit en vernieuwing van organisatievormen, –formules en combinaties waarin de zorg wordt aangeboden.
276. Daarnaast kan de uitzondering voor het maken van kwaliteitsafspraken ook niet worden aangegrepen voor een redenering dat hoge (minimum)prijzen en tarieven noodzakelijk zijn om de kwaliteit van de zorg te waarborgen.
277. Ten slotte geldt dat bepaalde kwaliteitsaspecten, denk bijvoorbeeld aan openingstijden, extra service, wachttijden of duur van een consult, wel als concurrentieparameter worden aangemerkt. Onderlinge afspraken daarover kunnen de mededinging mogelijk ook raken en zijn dan ook in strijd met artikel 6 Mw.
278. Zo is de inspanningsverplichting voor bijvoorbeeld huisartsen en verloskundigen om binnen een bepaalde tijd zorg te kunnen bieden aan hun patiënten in het geval van spoedgevallen in beginsel een aanvaardbaar kwaliteitsaspect. Dit geldt eveneens voor de zogenaamde Huisartsenposten, aangezien binnen deze samenwerkingsverbanden de acute zorgvraag buiten kantooruren wordt georganiseerd. Indien huisartsen en verloskundigen evenwel op basis van postcodes de werkgebieden onderling zouden verdelen, wordt dit beschouwd als een verkapte marktverdeling die geraakt wordt door het kartelverbod.

¹⁹⁵ Zie ook het besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 in bezwaar in zaak 537/ *Landelijke Huisartsen Vereniging*, rnr. 88.

¹⁹⁶ Zie voor de mededingingsrechtelijke aspecten van informatie-uitwisseling paragraaf 6.3.4.3.

Voorbeeld 34

Huisartsen, openbare apothekers, ziekenhuisapothekers en medisch specialisten in de regio Z komen regelmatig voor het Farmaco Therapeutisch Transmuraal Overleg (FTTO) bijeen. Hierbij worden onder meer zaken besproken als nieuwe behandelmethodes en problemen met automatisering. Het doel van een FTTO is om (op regionaal niveau) door afstemming tussen apothekers, huisartsen en medisch specialisten tot betere behandelmethoden te komen en daarmee de kwaliteit van behandeling te verbeteren. Een zorgverzekeraar in de regio gebruikt het FTTO ook om samen met de zorgaanbieders een geneesmiddelenformularium¹⁹⁷ op te stellen. Is deze samenwerking toegestaan op basis van de Mededingingswet?

Antwoord:

Dit hangt van de concrete omstandigheden af. Het FTTO kan in de regel beschouwd worden als een zuivere kwaliteitsafpraak. Wanneer zorgaanbieders en zorgverzekeraar in het kader van het FTTO echter een geneesmiddelenformularium opstellen, is dat geen zuivere kwaliteitsafpraak meer omdat bij de keuze voor een bepaald geneesmiddel ook economische criteria een rol kunnen spelen. Het afgestemde gedrag rond het formularium moet daarom aan het kartelverbod worden getoetst. Het formularium is doorgaans bedoeld als instrument om zorgverleners te stimuleren om doelmatiger voor te schrijven en tegelijkertijd de kosten zo laag mogelijk te houden. Onderzocht moet worden of het formularium de mededinging op de markt voor de inkoop van geneesmiddelen merkbaar beperkt. Voor de beoordeling of het formularium verenigbaar is met het kartelverbod, is naast het aandeel op de markt voor de inkoop van geneesmiddelen dat door het formularium beïnvloed wordt, ook van belang welke afspraken precies in het formularium zijn opgenomen en of de lagere kosten voor een billijk aandeel ten goede komen aan de gebruiker.¹⁹⁸

6.3.3.5 Gemeenschappelijke inkoop

279. Vaak sluiten ondernemingen overeenkomsten over de gemeenschappelijke inkoop van - voor het aanbieden van hun zorgdienst benodigde - producten, zoals operatiemateriaal. Gezamenlijke inkoop kan de kosten van de inkoop verlagen en daarmee de concurrentie met derden bevorderen. De gemeenschappelijke inkoop kan op vele manieren worden vormgegeven. Bijvoorbeeld door een onderneming die onder de gezamenlijke zeggenschap van een aantal ondernemingen staat, of door een onderneming waarin vele ondernemingen een deelneming van geringe omvang hebben of door middel van een contractuele afspraak.¹⁹⁹
280. Samenwerkingsverbanden bij gemeenschappelijke inkoop hebben in het algemeen niet tot doel de concurrentie te beperken. Deze samenwerkingsverbanden beogen de kosten voor inkoop te verlagen. Toch kunnen de afspraken nadelige gevolgen hebben voor de mededinging. Het is hierbij van belang dat de inkoopovereenkomsten in hun juridische en economische context beoordeeld worden. In het onderzoek moeten zowel de inkoop- als de verkoopmarkten betrokken worden.

¹⁹⁷ Een geneesmiddelenformularium is een voorkeurslijst van geneesmiddelen die bij een ziekte het beste kunnen worden toegediend.

¹⁹⁸ Zie ook het besluit van de d-g NMa van 22 oktober 2001 in zaak 1915/*Zilveren Kruis - Geneesmiddelenformularium Kennemerland*.

¹⁹⁹ Zie ook NMa visiedocument 'Inkoopmacht', www.nmanet.nl.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

281. Er zijn twee markten waarvoor de gemeenschappelijke inkoop gevolgen kan hebben. Ten eerste de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft: de relevante inkoopmarkt. Bij gezamenlijke inkoop van geneesmiddelen door zorgverzekeraars is dat bijvoorbeeld de markt waartoe het ingekochte geneesmiddel behoort. Ten tweede de verkoopmarkt, dat wil zeggen de markt waar de deelnemers aan de gezamenlijke inkoopovereenkomst als aanbieder optreden. Bij een inkoopgemeenschap van zorgverzekeraars voor geneesmiddelen is dat de markt voor de verkoop van zorgverzekeringen.
282. Inkoopovereenkomsten worden vaak gesloten tussen ondernemingen die op de inkoopmarkt met elkaar concurreren. Als de ondernemingen op de verkoopmarkt (afzetmarkt) geen concurrenten zijn, dan is de inkoopsamenwerking alleen in strijd met de Mededingingswet als de partijen een zeer sterke positie op de inkoopmarkt bezitten.²⁰⁰ Het uitgangspunt van de analyse is de zogenoemde afnemersmacht van de partijen. Afnemersmacht is aannemelijk wanneer een inkoopsamenwerkingsverband een zodanig groot aandeel van de totale inkopen op die markt voor zijn rekening neemt dat hij in staat is om de prijzen onder het concurrerende niveau te drukken of de toegang tot de markt voor concurrerende kopers af te sluiten.²⁰¹ Dit kan leiden tot uitsluitingseffecten op de verkoopmarkt.
283. De positie van de ondernemingen op de verkoopmarkt is ook van belang. Afstemming tussen de ondernemingen op de verkoopmarkt kan worden vergemakkelijkt door gezamenlijke inkoop, doordat de ondernemingen die gezamenlijke inkopen in hoge mate gemeenschappelijke kosten hebben. De marktmacht op de verkoopmarkt kan bovendien worden versterkt doordat concurrenten moeite hebben met het inkopen van hetgeen zij nodig hebben om hun producten of diensten aan te bieden.²⁰²

6.3.3.6 Gezamenlijk preferentiebeleid

284. Een speciale vorm van gezamenlijke inkoop is het gezamenlijke preferentiebeleid dat gehanteerd kan worden door zorgverzekeraars. Twee of meer zorgverzekeraars kunnen afspreken om een gezamenlijk preferentiebeleid te voeren ten aanzien van bijvoorbeeld bepaalde (groepen) geneesmiddelen. Dit houdt in dat zij gezamenlijk één procedure hanteren voor het selecteren van één of meer preferente leveranciers die het geneesmiddel c.q. de groep geneesmiddelen mogen leveren. De zorgverzekeraars kopen het geneesmiddel c.q. de groep geneesmiddelen dan feitelijk gezamenlijk in bij dezelfde leverancier(s).

²⁰⁰ Zie de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2, nr. 123.

²⁰¹ De omvang van het aandeel hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, zoals de positie van andere inkopende partijen.

²⁰² Zie de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2, nrs. 126 en 129. Zie het besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000 in de gevoegde zaken 652 en 145/*Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

285. Een dergelijke samenwerking heeft niet tot doel de mededinging te beperken. Het is de zorgverzekeraars er vaak juist om te doen prijsconcurrentie tussen leveranciers te stimuleren, zo een lagere prijs af te dwingen en daarmee tot een meer doelmatige geneesmiddelenvoorziening te komen. Een leverancier wordt immers geprikkeld om op prijs te concurreren teneinde als preferente leverancier aangewezen te worden.
286. Toch kan dit negatieve effecten hebben voor de concurrentie tussen zorgverzekeraars. Er kunnen twee gevolgen worden onderscheiden: i) een deel van de kosten voor geneesmiddelen zal voor de zorgverzekeraars gelijk zijn en ii) de zorgverzekeraars onderscheiden zich niet meer ten opzichte van hun verzekerden ten aanzien van welke leveranciers zij vergoeden. Meer gelijke kosten kan het risico van prijsafstemming verhogen, hetgeen de concurrentie tussen zorgverzekeraars zou beperken. Minder onderscheid tussen zorgverzekeraars in welke leveranciers zij vergoeden, kan de onderlinge concurrentiedruk verminderen. Of deze gevolgen zich voor kunnen doen en ook (merkbaar) mededingingsbeperkend zijn, is afhankelijk van het aandeel dat de geneesmiddelen uitmaken van de totale kosten van de zorgverzekeraars en welk deel het gezamenlijk preferentiebeleid uitmaakt van het verzekerde pakket. Daarnaast is het van belang dat de zorgverzekeraars vrij blijven hun verkoopprijs individueel vast te stellen. Zo moeten zij bijvoorbeeld vrij zijn om de lagere kosten als gevolg van het preferentiebeleid geheel of gedeeltelijk te vertalen in een lagere premie voor de verzekerden.
287. Overigens zal alleen een beoordeling van het concrete geval uit kunnen wijzen of de hiervoor aangegeven effecten zich daadwerkelijk voordoen. In het kader van deze Richtsnoeren is het daardoor niet mogelijk om een grens aan te geven waarboven in elk geval sprake zou zijn van een mededingingsbeperking. Een samenwerking die de concurrentie beperkt kan mogelijk toch toegestaan zijn als de positieve effecten van het preferentiebeleid zwaarder wegen dan de negatieve effecten. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij het bereiken van lagere prijzen voor de betreffende geneesmiddelen. De samenwerking kan dan zijn vrijgesteld, mits uiteraard ook voldaan wordt aan de overige criteria van artikel 6, derde lid, Mw. Zie paragraaf 6.2.2 voor de beoordeling onder artikel 6, derde lid, Mw.
288. Een gezamenlijk preferentiebeleid is primair een horizontale samenwerking tussen zorgverzekeraars, maar heeft ook een verticale dimensie, doordat leveranciers van geneesmiddelen als preferent worden aangemerkt. In het preferentiebeleid krijgen de leveranciers die als preferent worden aangemerkt voor een bepaalde periode exclusiviteit toegekend, althans de geneesmiddelen die worden geleverd door andere leveranciers worden niet vergoed. Op zichzelf hoeft dat geen mededingingsrechtelijk probleem te zijn, zolang op het moment van toekenning van preferentie voldoende concurrentiemogelijkheden zijn en de looptijd van de exclusiviteit niet te lang is. Met andere woorden, het is van belang dat er (regelmatig terugkerende) momenten zijn waarop concurrentie kan plaatsvinden tussen de leveranciers.

6.3.3.7 Afspraken over waarneming

289. Het is in het algemeen niet in strijd met het kartelverbod als zorgaanbieders gezamenlijk de waarneming organiseren, zoals bij lokale waarneemgroepen of grotere dienstenstructuren. Zorgaanbieders mogen samenwerken als zij het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren (zie in dit kader ook paragraaf 6.3.3.1.2).²⁰³ Gezamenlijke waarneming is noodzakelijk om de continuïteit in de zorgverlening te waarborgen. Er kan niet van een individuele zorgaanbieder verwacht worden dat hij 24 uur per dag en zeven dagen per week voor zijn patiënten beschikbaar is. Een gezamenlijke waarneming heeft voordelen met betrekking tot efficiëntie en waarborgt de kwaliteit van de zorgverlening. Deelname aan een waarneemregeling is doorgaans voor zorgaanbieders van belang om zich op de markt te handhaven, bijvoorbeeld omdat deelname aan een waarneemgroep een voorwaarde is voor een contract met zorgverzekeraars.
290. Aan deelname aan de waarnemingsregeling mogen bepaalde voorwaarden worden gesteld op het gebied van bijvoorbeeld beschikbaarheid en bereikbaarheid.²⁰⁴ Wel moeten deze voorwaarden open, objectief, transparant en niet-discriminerend zijn.²⁰⁵
291. De waarneming kan in strijd met het kartelverbod zijn als de betrokken ondernemingen gezamenlijk over een sterke positie op de markt beschikken en de samenwerking waarschijnlijk tot uitsluiting van derden zal leiden.²⁰⁶ Daarvan is bijvoorbeeld sprake als er voor de zorgaanbieder geen mogelijkheid bestaat om de waarneming gezamenlijk met andere zorgaanbieders te organiseren en hij daardoor zijn dienst niet aan kan bieden. Bovendien mag de samenwerking niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is voor de waarneming. Wanneer de samenwerking zich uitstrekt tot diensten waarop de ondernemingen wel zelfstandig actief zouden kunnen zijn, dan moet de samenwerking opnieuw worden getoetst aan het kartelverbod. Ook in dit geval geldt dat het niet is toegestaan om onder het mom van waarneming feitelijk mededingingsbeperkende afspraken te maken.

²⁰³ Zie de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2, rnr. 24.

²⁰⁴ Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 5 september 2003 in zaak 3169/37 – *Regenboogapothek vs Apothekersvereniging Breda/Dienstapothek Breda B.V.*

²⁰⁵ De beoordeling van gezamenlijke waarnemingsregelingen is vergelijkbaar met die van 'erkenningsregelingen', zie hiervoor rnr. 201-204 en hoofdstuk 4.2 van de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14).

²⁰⁶ Zie de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2, rnr. 24.

Voorbeeld 35

De veertien huisartsen in stad A zetten een waarnemingsregeling op voor nacht- en weekenddiensten. Als zich na een jaar een nieuwe huisarts in het centrum van A wil vestigen, wordt hij niet tot de waarnemingsregeling toegelaten omdat de zittende huisartsen zijn toetreding tot de markt willen voorkomen. De nieuwe huisarts heeft geen alternatief voor een andere waarnemingsregeling. De huisarts kan door de weigering geen contract afsluiten met de zorgverzekeraar. Mag de nieuwe huisarts geweigerd worden?

Antwoord:

Nee, de weigering is in strijd met het kartelverbod omdat het de bedoeling is om een toetredster, oftewel een concurrent, te weren. De afspraak tussen de veertien huisartsen heeft tot doel de mededinging te beperken. Er is geen andere huisarts meer op de relevante markt (stad A) actief, waarmee de nieuwkomer gezamenlijk zou kunnen waarnemen.

6.3.3.8 Gezamenlijk opzetten van elektronische netwerken en informatie-uitwisseling

292. In de zorgsector wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van elektronische netwerken. Zelfstandige zorgaanbieders koppelen hun computersystemen of schaffen een gemeenschappelijke server aan om patiëntengegevens uit te wisselen of om elektronisch receptenverkeer mogelijk te maken.
293. Elektronische netwerken, onder meer ten behoeve van het elektronisch patiëntendossier en het elektronisch medicatiedossier, worden onmisbare instrumenten om de zorg in de toekomst kwalitatief hoogwaardig, efficiënt en effectief te kunnen organiseren. Dergelijke samenwerking valt meestal niet onder het kartelverbod. Er geldt wel een aantal voorwaarden.
294. Ten eerste mag elektronische koppeling niet gebruikt worden voor het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie tussen concurrenten. Zoals eerder aangegeven kan de uitwisseling van dergelijke informatie er namelijk toe leiden dat ondernemingen minder scherp met elkaar concurreren. Als ondernemingen door informatieverstrekking niet meer onzeker zijn over de marktbeslissingen van de concurrenten, zullen deze ondernemingen geen of minder moeite doen om het eigen gedrag in reactie op de marktvraag zelfstandig te bepalen. Onder concurrentiegevoelige informatie verstaat men in het algemeen recente, tot een specifieke persoon of onderneming herleidbare gegevens over bijvoorbeeld tarieven, kortingen van toeleveranciers, omzet en kosten.²⁰⁷ Informatie over zorginhoudelijke aspecten, zoals het uitwisselen van informatie tussen huisartsen over de werking van een bepaald geneesmiddel of een bepaalde behandeling, zal daar niet onder vallen. Ook de vertrouwelijkheid en de gedetailleerdheid van de uitgewisselde informatie spelen een rol bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de informatie-uitwisseling met het mededingingsrecht. De NMa staat met name negatief tegenover de uitwisseling van informatie als de uitwisseling wordt benut om de nakoming van eventuele bestaande (verboden) prijs-, productie- of marktverdelingsafspraken of andere verboden mededingingsbeperkende

²⁰⁷ Zie ook het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 27 oktober 1994, *John Deere Ltd. tegen Commissie*, T-34 en 35/92, Jur. 1994 p.-957, r.o. 51.

afspraken te controleren.²⁰⁸ Met andere woorden, elektronische netwerken mogen niet worden gebruikt als dekmantel voor een kartel.

295. Het samenwerkingsverband moet open, transparant en non-discriminatoir zijn. Als een aansluiting op een dergelijk elektronisch netwerk belangrijke economische voordelen met zich brengt die niet op een andere manier zelfstandig kunnen worden behaald, dan kan een situatie ontstaan waarbij het voor een zorgaanbieder moeilijk wordt om zich op de markt te vestigen of te handhaven zonder een dergelijke aansluiting.²⁰⁹ In deze situatie mag aan andere zorgaanbieders alleen toegang worden geweigerd op basis van een objectieve rechtvaardiging.²¹⁰ Aan de toetreders mag wel worden gevraagd om een passende investeringsbijdrage te leveren. De NZa heeft op basis van artikel 45 Wmg een regeling vastgesteld die belemmeringen bij de uitwisseling van patiëntgegevens en informatie over wachtlijsten wegneemt. Ook zijn procedures vastgesteld die bepalen wie onder welke voorwaarden toegang hebben tot die gegevens.²¹¹

6.3.3.9 Samenwerking op administratief gebied

296. Ook wordt vaak samengewerkt op administratief gebied, zoals het gebruik van gezamenlijke declaratiesystemen. Samenwerking tussen zorgverzekeraars onderling of zorgaanbieders onderling op het gebied van de boekhouding en gemeenschappelijke incasso hoeft niet van invloed te zijn op het aanbod van diensten van de samenwerkende ondernemingen. Als de samenwerking zich beperkt tot de administratieve verwerking van de bedrijfsactiviteiten en de samenwerking de beslissingen ten aanzien van die activiteiten zelf niet beïnvloedt is het niet concurrentiebeperkend en valt het dus niet onder het kartelverbod. Dat is wel het geval als de samenwerking verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van de beoogde voordelen op administratief gebied en er bijvoorbeeld concurrentiegevoelige informatie wordt uitgewisseld, zoals informatie over (te hanteren) tarieven.

²⁰⁸ Beschikking van de Europese Commissie van 2 december 1986, *Vetturen*, Pb. 1987, L 3/17, ov. 45; 24^e -ste Mededingingsverslag 1994 van de Europese Commissie, p. 642. Zie voor een nadere toelichting op de mogelijkheden en beperkingen verbonden aan het uitwisselen van informatie, de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14).

²⁰⁹ Zie besluit van de d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501, *Wilhelmina apotheek- Dienstapothek regio Assen*. De beoordeling van de toegang tot een dergelijk samenwerkingsverband is vergelijkbaar met die van 'erkenningssystemen', zie hiervoor rnr. 201-204 en hoofdstuk 4.2 van de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14).

²¹⁰ Zoals bijvoorbeeld technische onmogelijkheden. Dit mag echter niet zo ver gaan dat een samenwerkingsverband bewust voor een techniek kiest die toetreding belemmert.

²¹¹ Regeling Voorwaarden voor overeenkomsten inzake elektronische netwerken met betrekking tot zorg, NZa, december 2009, Regeling CI/NR-100.099

Voorbeeld 36

Vertegenwoordigers van tandprotheticipers nemen zitting in een commissie die gezamenlijk met de zorgverzekeraar afspraken maakt over het declaratie- en betalingsverkeer, waaronder het vaststellen van declaratieformulieren. Is een dergelijke commissie toegestaan op basis van de Mededingingswet?

Antwoord:

Ja, deze samenwerking zal in het algemeen geen concurrentiebeperking opleveren. Dit is anders wanneer bijvoorbeeld op de standaarddeclaratieformulieren voorgedrukte tarieven worden opgenomen of leden in het systeem elkaars tarieven kunnen zien. In dat geval is sprake van een kartel dat als doel heeft om de mededinging te beperken en is de samenwerking vrijwel altijd verboden.

6.3.3.10 Samenwerking in een HOED

297. Naast de samenwerking in een gezondheidscentrum (zie ook verderop paragraaf 6.3.3.6) worden in de zorg in toenemende mate ook zogeheten onder-een-dak constructies opgericht. In de huisartsenzorg bijvoorbeeld, wordt dit aangeduid als HOED-constructies. De HOED is een samenwerkingsverband van twee of meer huisartsenpraktijken in eenzelfde gebouw. Het vormen van een HOED betekent niet direct dat de huisartsen ook één onderneming in de zin van de Mededingingswet vormen (in dat geval is het kartelverbod niet van toepassing op onderlinge afspraken tussen de huisartsen). Zoals eerder opgemerkt is geen sprake van één onderneming wanneer de samenwerkende huisartsen bijvoorbeeld alleen de kosten delen en daarnaast ieder afzonderlijk hun eigen patiënten blijven behandelen, hun eigen verdiensten hebben en risico's lopen. Een dergelijke samenwerking, die er dus puur op gericht is om bepaalde kosten te delen zal in de praktijk weinig mededingingsrechtelijke problemen opleveren. Wanneer de huisartsen daarnaast gezamenlijk met een zorgverzekeraar willen onderhandelen over het tarief en/of volume van de door hen te leveren zorg, dan wordt dit beoordeeld als een samenwerking tussen concurrenten. In paragraaf 6.3.2 is uiteengezet welke factoren een rol spelen bij de beoordeling van een dergelijke samenwerking. Zoals eerder is aangegeven, is gezamenlijk onderhandelen door concurrenten in principe verboden. Het is overigens dan nog mogelijk dat een HOED op grond van de bagatelbepaling van het kartelverbod is vrijgesteld.

6.3.4 Afspraken tussen niet-concurrenten

298. In de vorige paragraaf zijn verschillende vormen van samenwerking tussen concurrenten beschreven, oftewel horizontale samenwerkingsvormen. Daarnaast kan samenwerking plaatsvinden tussen niet-concurrenten. Ondernemingen zijn bijvoorbeeld geen concurrent van elkaar als zij op verschillende geografische markten actief zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan de samenwerking tussen een huisarts in Groningen en een huisarts in Zuid-Limburg. Daarnaast kan sprake zijn van samenwerking tussen ondernemingen die elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Als dat het geval is, dan is er sprake van verticale samenwerking.

Verticale overeenkomsten zijn bijvoorbeeld afspraken tussen een toeleverancier en een afnemer. Het betreft bijvoorbeeld afspraken tussen een groothandel in geneesmiddelen en een apotheek of samenwerking tussen een zorgaanbieder en een zorgverzekeraar.

299. In het geval van verticale samenwerking is het van belang om bij de beoordeling alert te zijn op mogelijke horizontale effecten. Zo kunnen quota die worden opgelegd door een leverancier op een lager marktniveau leiden tot prijsverhogingen. Daarnaast kan een verticale samenwerking ook horizontale samenwerkingsaspecten bevatten, bijvoorbeeld omdat er in het verticale samenwerkingsverband een aantal concurrenten actief is. Als de samenwerking ook horizontale elementen bevat, moet dit deel van de samenwerking eerst beoordeeld worden. Verder kan ook bij verticale samenwerkingsvormen sprake zijn van beperkingen die tot doel hebben om de mededinging te beperken en die niet zijn toegestaan. Voor zover dit niet het geval is, zal per concreet geval doorgaans uitgebreider worden getoetst, waarbij alle feiten en omstandigheden van de samenwerking in aanmerking genomen worden (zie tabel 1).

6.3.4.1 Afspraken tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende markten

300. Samenwerking tussen ondernemingen die niet op dezelfde geografische markten of op dezelfde productmarkten actief zijn, heeft vaak voordelen. Zo kunnen bepaalde overheadkosten bespaard worden en kan kennis gedeeld worden. Ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn, bijvoorbeeld omdat zij actief zijn op verschillende geografische en productmarkten²¹², kunnen hun krachten bundelen. Wanneer zorgaanbieders die geen (potentiële) concurrent van elkaar zijn gezamenlijk onderhandelen en zij onderling contact zouden hebben over relevante concurrentieparameters zoals prijs, service of kwaliteit, zijn er in principe geen mededingingsrechtelijke bezwaren. Zie in dit kader ook paragraaf 250, voor de regels over onderhandelingen via een zorgmakelaar.

Voorbeeld 37

Dertig fysiotherapeuten die gevestigd zijn door heel Nederland en elk actief zijn op verschillende geografische markten (binnen Nederland) onderhandelen collectief met de zorgverzekeraars over tarieven en commerciële voorwaarden. Is dit toegestaan?

Antwoord:

Ja, de fysiotherapeuten in dit voorbeeld zijn allen gevestigd op een andere geografische markt, waarbij geen sprake is van een geografische overlap. Nu de fysiotherapeuten niet onderling concurreren en niet elkaars potentiële of daadwerkelijke concurrent zijn, leidt het feit dat zij collectief over relevante concurrentieparameters onderhandelen niet tot mededingingsrechtelijke bezwaren. Deze wijze van onderhandelen door de zorgaanbieders is in dit geval niet in strijd met het kartelverbod.

²¹² Zie paragraaf 3.2 voor een toelichting op het begrip relevante markt.

6.3.4.2 Ketenzorg

301. In toenemende mate ontstaan er in de zorg initiatieven waarin zorgaanbieders uit verschillende disciplines nauw samenwerken om de gespecialiseerde zorg aan bijvoorbeeld chronisch zieken te organiseren. De multidisciplinaire samenwerking wordt dan bijvoorbeeld georganiseerd in zorgketens. Zorgketens zijn verticaal van aard. Dat wil zeggen dat de betrokken zorgaanbieders in verschillende stadia in de keten actief zijn en dus geen concurrenten zijn. De NMa signaleert dat zorgketens ook steeds vaker horizontale aspecten krijgen, doordat er meerdere zorgaanbieders op hetzelfde niveau in de keten (bijvoorbeeld huisartsen) in één keten actief zijn. Zie het einde van deze paragraaf voor mogelijke mededingingsrechtelijke problemen als gevolg van horizontale effecten.
302. Multidisciplinaire samenwerkingsbanden zijn vaak gericht op het soepeler laten verlopen van de doorstroom van patiënten van de ene zorgverlener naar de andere, of op het verbeteren van de kwaliteit van de zorg. Dit wordt bijvoorbeeld bereikt door het maken van afspraken over het behandeltraject van een patiënt. Als gevolg hiervan komt samenwerking in een zorgketen de patiënt ten goede. Een dergelijke samenwerking kan een vorm van exclusiviteit inhouden (over en weer). De samenwerkende zorgaanbieders zullen hun patiënten doorgaans exclusief doorverwijzen naar elkaar. Hierna worden de mededingingsrechtelijke relevante aspecten van deze samenwerkingsvormen nader toegelicht.
303. Een zorgketen bestaat uit verschillende zorgaanbieders die allen een ander onderdeel van het zorgproces verzorgen. Een voorbeeld van zo'n multidisciplinaire keten is de ketenzorg voor diabetes in de vorm van zorggroepen.²¹³ In deze zorggroepen zijn een huisarts, een verpleegkundige, een diëtiste en een fysiotherapeut verenigd, die gezamenlijk de zorgverlening aan een diabetespatiënt op zich nemen.
304. Een ander voorbeeld is de samenwerking tussen een thuiszorginstelling en een ziekenhuis.²¹⁴ Concreet kan worden gedacht aan de situatie dat een thuiszorginstelling en een ziekenhuis afspreken dat het ziekenhuis patiënten doorverwijst naar die thuiszorginstelling. Deze aanbieders bieden dan niet gezamenlijk een zorgproduct maar leveren 'aanpalende' diensten.²¹⁵
305. Uit de praktijk blijkt dat ondernemingen in een zorgketen steeds nauwere banden met elkaar kunnen aangaan. Dit kan er uiteindelijk toe leiden dat er geen sprake meer is van samenwerking tussen zelfstandige ondernemingen maar van de vorming van één onderneming. In dat laatste geval moet er getoetst worden aan de regels over concentraties (zie hiervoor hoofdstuk 5).

²¹³ De NMa is momenteel bezig met een algemeen onderzoek naar de ontwikkelingen ten aanzien van zorggroepen. In het kader van dit onderzoek vindt tevens een consultatieronde plaats. De uitkomsten van het onderzoek zullen in het voorjaar van 2010 worden gepubliceerd op www.nmanet.nl.

²¹⁴ Hoewel ziekenhuizen en thuiszorginstellingen beide aanbieders zijn van zorg, vormen zij geen directe concurrenten van elkaar. Waar ziekenhuizen zich met name richten op curatieve zorg, richten thuiszorginstellingen zich meer op verplegende en verzorgende dienstverlening. Er is sprake van complementaire diensten.

²¹⁵ Deze vorm wordt ook wel aangeduid als strategische alliantie.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

306. Wanneer binnen een keten alleen zorgaanbieders actief zijn die geen potentiële of daadwerkelijke concurrent van elkaar zijn, zijn er wanneer zij gezamenlijk onderhandelen met zorgverzekeraars in principe geen mededingingsrechtelijke bezwaren. Dit geldt ook als ze onderling onderhandelen over relevante concurrentieparameters (zoals prijs, omvang en de patiënten) van de ketenzorg.
307. Als het marktaandeel van de samenwerkende partijen relatief groot is, dan kan de overeenkomst mogelijk een uitsluitingseffect hebben. In de eerder genoemde samenwerking tussen het ziekenhuis en de thuiszorginstelling kan een exclusiviteitsovereenkomst ertoe leiden dat andere thuiszorginstellingen niet meer kunnen concurreren om de gunst van de ziekenhuispatiënten. Als deze groep een relatief groot deel van het totaal aantal patiënten van thuiszorginstellingen uitmaakt, kan dit ertoe leiden dat andere thuiszorginstellingen onvoldoende patiënten hebben om nog rendabel te opereren en uiteindelijk de markt moeten verlaten. Om te kunnen vaststellen of er daadwerkelijk sprake is van een mededingingsrechtelijk relevant uitsluitingseffect, is inzicht nodig in de herkomst en de beïnvloeding van de totale stroom van patiënten. In deze analyse is het ook van belang te kijken naar de duur van de overeenkomst. Als de contracten slechts van relatief korte duur²¹⁶ zijn dan kunnen thuiszorginstellingen periodiek met elkaar concurreren om deze contracten te verkrijgen. Er is dan sprake van concurrentie om de markt. In dit verband kan de opzegtermijn ook relevant zijn. Hoe korter de opzegtermijn hoe minder belemmerend deze afspraak waarschijnlijk is.
308. De samenwerking tussen niet-concurrenten in een keten of in een strategische alliantie zal naar verwachting niet mededingingsbeperkend zijn als het marktaandeel van de betrokken ondernemingen relatief klein is. Zie in dit verband de in hoofdstuk 3 beschreven Europese groepsvrijstellingen voor verticale overeenkomsten. Er kan van worden uitgegaan dat, wanneer de zorgaanbieders een marktaandeel van niet meer dan 30 procent op de relevante markt hebben, en zij voor het overige voldoen aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling (zie paragraaf 6.2.2.) de samenwerking niet onder het kartelverbod valt. Wanneer de groepsvrijstelling niet van toepassing is, kan een (eigen) beoordeling nog uitwijzen of de vrijstelling van artikel 6, derde lid, Mw van toepassing is (zie voor de voorwaarden paragraaf 6.2.3).

²¹⁶ Bijvoorbeeld een periode van 3 jaar. Hierbij wordt wel opgemerkt dat gekeken moet worden naar de effectieve duur van de overeenkomsten. Als het ziekenhuis en de thuiszorginstelling door de bestaande samenwerking en eventuele gezamenlijke investeringen min of meer aan elkaar zijn vastgeklonken, dan zegt de formele contractsduur feitelijk niet zoveel.

Voorbeeld 38

In ziekenhuis Z is een transferverpleegkundige werkzaam. Hij is in dienst van het ziekenhuis, maar wordt medegefinancierd door thuiszorginstelling Y. Het ziekenhuis en de thuiszorginstelling hebben de afspraak gemaakt dat de transferverpleegkundige, wanneer de cliënt geen voorkeur voor een aanbieder uitspreekt, in principe doorverwijst naar thuiszorginstelling Y. Is dit verenigbaar met het kartelverbod?

Antwoord:

Ziekenhuis Z en thuiszorginstelling Y hebben een overeenkomst in de zin van de Mededingingswet. Zoals eerder aangegeven zullen overeenkomsten tussen partijen die geen concurrenten van elkaar zijn in het algemeen minder snel tot mededingingsbezwaren leiden. Vaak zullen zij juist positieve effecten hebben. In dit geval zou een positief effect van de samenwerking tussen ziekenhuis en thuiszorginstelling kunnen zijn dat patiënten sneller de juiste nazorg ontvangen en zij niet onnodig lang in het ziekenhuis hoeven te verblijven.

Onder bepaalde omstandigheden kan een overeenkomst zoals hierboven geschetst echter wel in strijd zijn met het kartelverbod. Dit is het geval wanneer de overeenkomst leidt tot marktafsluiting op de thuiszorgmarkt. Dat wil zeggen dat thuiszorginstelling Y als gevolg van de afspraak de instroom van cliënten in de thuiszorg zodanig kan sturen dat zij drempels opwerpt voor de effectieve concurrentie van bestaande en nieuwe thuiszorgspelers; en dat zij vervolgens haar prijzen kan verhogen of haar kwaliteit kan verlagen omdat cliënten te weinig keuze hebben.

Die omstandigheden kunnen zich voordoen wanneer (i) thuiszorginstelling Y al significante marktmacht heeft in de betreffende regio; én (ii) patiënten afkomstig uit ziekenhuis Z een belangrijk deel vormen van de totale vraag naar thuiszorg. Met andere woorden, wanneer de thuiszorginstelling en/of het ziekenhuis een belangrijke marktpositie hebben in de regio én de alternatieve bronnen van instroom in de thuiszorg (buiten de uitstroom uit het ziekenhuis) relatief beperkt zijn is er reden om kritisch naar de overeenkomst te kijken. Een belangrijke vraag in de beoordeling van de overeenkomst is vervolgens in welke mate de overeenkomst daadwerkelijk bijdraagt aan sturing naar thuiszorginstelling Y. Naarmate de voorwaarden van de overeenkomst de patiënten uit ziekenhuis Z beter in staat stellen een afgewogen keuze te maken en daarbij de informatie van meerdere thuiszorginstellingen te betrekken, zal er minder snel sprake zijn van een mededingingsbeperking.

6.3.4.3 Meerdere parallelle ketens

309. Wanneer er meerdere zorgketens naast elkaar bestaan, kan er een cumulatief effect optreden op de markt, doordat het (gezamenlijke) marktaandeel van de aangesloten ondernemingen groot is. Hierna wordt nader ingegaan op de beperkingen die hiermee samenhangen.
310. Een cumulatief effect kan zich voordoen als op een markt meerdere samenwerkingsverbanden zijn waarbinnen soortgelijke afspraken met soortgelijke effecten gelden.²¹⁷ Het naast elkaar bestaan van meerdere ketens kan dan een marktafsluitend effect hebben dat schadelijk is voor de concurrentie, zelfs wanneer de betrokken samenwerkingsverbanden ieder een relatief klein marktaandeel hebben.
311. De NMa kan beslissen om de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten in te trekken voor overeenkomsten die een cumulatief effect hebben.²¹⁸ Een cumulatief effect van verschillende ketens kan namelijk leiden tot een vermindering van de concurrentie op het horizontale niveau van één van de zorgaanbieders die werkzaam is in de keten. De NMa zal het bekendmaken als zij van plan is de groepsvrijstelling in te trekken. In dat geval moeten ondernemingen dan alsnog zelfstandig toetsen of de uitzondering van artikel 6, derde lid, Mededingingswet van toepassing is.²¹⁹

²¹⁷ Ook bij een dergelijke analyse dient rekening te worden gehouden met de bestaande economische context, het bestaande niveau van concurrentie en eventuele beperkingen van de toetredingsmogelijkheden.

²¹⁸ Zie artikelen 13, tweede, derde en vierde lid en 89a van de Mededingingswet alsmede artikel 6 van de Verordening van de Europese Commissie nr. 2790/1999 betreffende toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb L 336 van 22 december 1999, p. 21.

²¹⁹ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 februari 1991, *Delimitis vs. Hennigner Bräu*, zaak C-234/89, Jur. 1991, p. 935, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 12 december 1967, *Brasserie de Haecht vs. Wilkin I*, 23/67, Jur. 1967, p. 525,

Voorbeeld 39

In een regio zijn zes thuiszorgaanbieders (A t/m F) en zes ziekenhuizen actief. Zij hebben allen marktaandelen van minder dan 20 procent. Vier van de zes thuiszorgaanbieders (A t/m D) hebben exclusiviteitsafspraken gemaakt met andere zorgaanbieders. Thuiszorginstelling A heeft exclusiviteit bedongen bij het ene regionale ziekenhuis, terwijl thuiszorginstelling B exclusiviteit heeft bedongen bij een ander regionale ziekenhuis, thuiszorginstelling C heeft exclusiviteit bedongen bij een derde regionale ziekenhuis en thuiszorginstelling D heeft exclusiviteit bedongen bij 36 van de 45 huisartsen in de regio. Hierdoor is in totaal 80 procent van de patiëntenstroom van thuiszorginstellingen in de betreffende regio exclusief is toebedeeld aan A, B, C en D. Op zichzelf heeft iedere individuele afspraak geen merkbare invloed op de relevante markt. Deze vier thuiszorginstellingen zijn concurrenten van elkaar. Thuiszorginstelling G wil toetreden tot de markt en vraagt zich af of deze afspraken mededingingsrechtelijk gezien toelaatbaar zijn. Is deze samenwerking in overeenstemming met de Mededingingswet?

Antwoord:

Dat hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Hoewel de individuele afspraken die A, B, en C en D hebben gemaakt op zichzelf zouden kunnen profiteren van de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten, kan er mogelijk sprake zijn van een cumulatief effect. Als gevolg van de opzichzelfstaande exclusiviteitsafspraken die afzonderlijk onder de marktaandeelgrens van 20 procent van de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten vallen, is immers in totaal 80 procent van de patiëntenstromen in de regio exclusief toebedeeld aan A, B, C en D. Voor thuiszorginstelling G kan het daardoor onmogelijk of onnodig duur worden succesvol te functioneren of toe te treden tot de markt. Een cumulatief effect van de verschillende overeenkomsten kan een reden zijn om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken. De NMa zal bij de beoordeling het mogelijke cumulatieve effect eerst kijken naar de parallelle netwerken van A, B, C en D. Daarbij wordt bijvoorbeeld gekeken naar de duur van de overeengekomen exclusiviteit en de mogelijke marktafsluitende effecten die de parallelle netwerken hebben. Als blijkt dat de markt moeilijk toegankelijk is voor potentiële concurrenten, moet worden nagegaan in hoeverre iedere afzonderlijke exclusiviteitsovereenkomst bijdraagt aan het marktafsluitende effect dat uitgaat van het totaal van bestaande netwerken. Als deze bijdrage aanzienlijk is, kunnen de exclusiviteitsovereenkomsten die door de betrokken onderneming gesloten zijn in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, Mw. De NMa kan in dat geval beslissen om (het voordeel van) de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten in te trekken voor deze overeenkomsten. De NMa zal het voornemen tot intrekking bekend maken. De betrokken ondernemingen hebben vervolgens de mogelijkheid om hun overeenkomst aan te passen of te beëindigen.

6.3.4.3.1 Horizontale effecten van samenwerkende ketens

312. Als meerdere ketens van zorgaanbieders uit verschillende disciplines nauw met elkaar gaan samenwerken kunnen horizontale mededingingsbeperkingen optreden. Als meerdere ketens bijvoorbeeld gezamenlijk onderhandelen, kan dat in strijd zijn met het kartelverbod. Gedacht kan worden aan de situatie waarin meerdere ketens in een regio gezamenlijk met een zorgverzekeraar gaan onderhandelen over de prijs voor de te leveren zorgproducten. De ketens zijn in dit voorbeeld concurrenten van elkaar. De gezamenlijke onderhandelingen moeten dan als afspraken tussen concurrenten worden beoordeeld. In paragraaf 6.3.2 is al ingegaan op de grenzen die de Mededingingswet stelt aan de samenwerking tussen concurrenten, onder andere aan collectieve onderhandelingen tussen concurrenten.

6.3.4.4 Exclusieve woonzorgcombinaties

313. Een woningcorporatie en een zorgaanbieder kunnen gezamenlijk besluiten tot de ontwikkeling en bouw van zorgappartementen en aanleunwoningen. De woningcorporatie en de zorgaanbieder kunnen daarbij overeenkomen dat wanneer het project is gerealiseerd, de zorg in het project exclusief geleverd zal worden door de betrokken zorgaanbieder. Deze vorm van samenwerking komt steeds vaker voor. De mededingingsrechtelijke beoordeling komt overeen met die van zorgketens, bijvoorbeeld op het gebied van horizontale effecten van samenwerkende ketens. Zie hiervoor paragraaf 6.3.3.2.2.
314. De NMa staat in het algemeen positief tegenover samenwerking tussen zorginstellingen en woningcorporaties. Dit kan bijdragen aan efficiëntere en kwalitatief betere zorg voor de cliënt. Maar onder omstandigheden, kunnen er ook nadelen aan verbonden zijn. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als er een exclusieve samenwerking is tussen een grote thuiszorgverlener en een woningcorporatie waardoor de overige thuiszorginstellingen onvoldoende patiënten overhouden om nog rendabel te opereren. Dergelijke exclusieve afspraken vormen ook voor potentiële nieuwe toetreders extra toetredingsbelemmeringen. Als gevolg van de exclusiviteitsafpraak tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder wordt de mededinging beperkt als (i) de keuze voor de cliënten zou wegvallen, (ii) de zittende thuiszorgaanbieder, bij gebrek aan concurrentiedruk, minder of zelfs niet geprikkeld wordt om de kwaliteit van zijn zorg te verbeteren of om te innoveren. De afspraak kan dan in strijd zijn met het kartelverbod van artikel 6 Mw.
315. Om te beoordelen of een afspraak van een woonzorgcombinatie inderdaad in strijd is met artikel 6 Mededingingswet, is het van belang om te beoordelen of de afspraak een concurrentievermindering of zelfs een uitsluitingseffect kan hebben. Zo'n concurrentievermindering of een uitsluitingseffect zal onwaarschijnlijk zijn als het marktaandeel op de beïnvloede markt van elk van de betrokken partijen niet meer dan 30 procent bedraagt.²²⁰ Het is namelijk onwaarschijnlijk dat bijvoorbeeld de zorgaanbieder dan in de positie verkeert om de concurrentie voldoende te verminderen of om andere aanbieders uit te sluiten. Er zijn tenslotte ook nog voldoende andere partijen met wie de

²²⁰ Zie paragraaf 5.4.1.2 voor het algemene beoordelingskader voor verticale overeenkomsten.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

samenwerking kan worden aangegaan. Deze 30 procent volgt uit de Europese regelgeving voor verticale overeenkomsten.²²¹ Zie paragraaf 5.4.1.2.

316. Boven de 30 procent kunnen beide ondernemingen gezamenlijk een zodanige marktmacht hebben dat zij daarmee concurrenten uit de markt kunnen weren. Daarom moet in dat geval iedere afspraak op de eigen kenmerken en context beoordeeld worden. Zo zal dan specifiek gekeken worden naar de hoeveelheid patiënten en de mate van beïnvloeding van de markt. Want alleen afspraken die de mededinging merkbaar hadden kunnen beperken zijn verboden op grond van artikel 6 Mw. Dus wanneer het slechts gaat om een hele kleine groep patiënten of als er voldoende andere veel grotere concurrenten op de markt actief zijn, dan is de afspraak in het algemeen niet mededingingsbeperkend.
317. Wanneer de conclusie is dat de overeenkomst daadwerkelijk de mededinging kan beperken en het marktaandeel van betrokken partijen op de te beïnvloeden markt boven de 30 procent uitkomt, is de overeenkomst niet per definitie in strijd met artikel 6 Mw. In het concrete geval van de overeenkomst tussen de thuiszorginstelling en de woningbouwcorporatie zou deze nog kunnen worden vrijgesteld van het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw (zie paragraaf 6.2.3). Bijvoorbeeld omdat het gezamenlijk optrekken betekent dat de bewoners van het complex op deze wijze 24 uur per dag een flexibele toegang hebben tot zorg, omdat deze dichtbij huis aanwezig is. Deze zorgverlening moet zonder de exclusieve overeenkomst tussen de zorgaanbieder en woningcorporatie niet mogelijk zijn. De zorgaanbieder en de woningcorporatie zullen te allen tijde zelf de efficiëntie- en kwaliteitsvoordelen van hun samenwerking goed en concreet onderbouwd moeten kunnen aangeven bij de NMa. Bovendien moeten deze voordelen ook aannemelijk zijn. Zie voor een nadere uitleg over de voorwaarden van deze uitzondering ook het hoofdstuk over artikel 6 derde lid Mw.

Voorbeeld 40

Een woningbouwvereniging en een kleine thuiszorgonderneming ontwikkelen in een grote stad samen een nieuw wooncomplex van 10 woningen voor 65-plussers. De woningbouwvereniging en de zorgaanbieder komen overeen dat wanneer de bewoners van het complex zorg nodig hebben, zij die alleen van de desbetreffende thuiszorgaanbieder kunnen ontvangen. In de stad zijn nog vele andere thuiszorgaanbieders werkzaam. Is dit mededingingsrechtelijk toegestaan?

Antwoord:

Waarschijnlijk wel. Het betreft maar een kleinschalig wooncomplex en er lijkt in de rest van de stad voldoende concurrentiedruk door andere aanbieders te worden uitgeoefend op de kleine thuiszorgaanbieder om kwalitatief goede en betaalbare zorg te blijven leveren.

²²¹ Verordening van 22 december 1999 (2790/99), PbEG L 336, betreffende de toepassing van artikel 81 derde lid van het Verdrag op groepen van verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, gewijzigd 16 april 2003, PbEU L 236

Voorbeeld 41

De enige woningbouwvereniging in de stad en een grote thuiszorgonderneming met een marktaandeel van 85 procent ontwikkelen in een kleine stad samen een nieuw wooncomplex van 200 woningen voor 65-plussers. De woningbouwvereniging en de zorgaanbieder komen overeen dat wanneer de bewoners van het complex zorg nodig hebben, zij die alleen van de desbetreffende thuiszorgaanbieder kunnen ontvangen. De resterende 15 procent thuiszorg wordt aangeboden door één andere (kleine) thuiszorgaanbieder en door van oorsprong intramurale aanbieders. Is dit toegestaan onder de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee. Het betreft een grootschalig wooncomplex en er blijven onvoldoende mogelijkheden over voor woningbouwcorporaties om met andere aanbieders van thuiszorg in zee te gaan. Deze concurrentiedruk wordt nog verminderd door de exclusiviteit die is bedongen: de bewoners van het wooncomplex mogen alleen thuiszorg afnemen van de grote thuiszorgaanbieder.

6.3.4.5 Samenwerking in een gezondheidscentrum

318. In toenemende mate concentreren eerstelijns zorgaanbieders van verschillende disciplines hun zorgverlening op één plaats. Vaak gebeurt dit door het oprichten van een gezondheidscentrum, waar de patiënt voor uiteenlopende zorgvragen terecht kan. Het is ook mogelijk dat zorgaanbieders voor sommige zorgproducten tot gezamenlijke zorgverlening overgaan. Zo is het denkbaar dat zorgaanbieders voor een deel van hun werktijd een zelfstandige praktijk voeren en voor het andere deel in een samenwerkingsverband werken, bijvoorbeeld ten behoeve van gespecialiseerde zorgverlening. Wanneer bijvoorbeeld een oefentherapeut zijn eigen praktijk heeft, maar één dag per week dienst doet in een gezondheidscentrum, dan kan voor deze ene dag sprake zijn van gezamenlijke zorgverlening met de andere leden van het gezondheidscentrum.
319. Bij de oprichting van een dergelijk vergaand samenwerkingsverband waarbij zorgaanbieders gezamenlijk zorg verlenen, zal de mededingingsrechtelijke beoordeling in de regel anders zijn dan bij andere, lossere vormen van samenwerking. Samenwerking kan grote voordelen hebben. Het gemeenschappelijk aanbieden van zorg kan bijvoorbeeld leiden tot een efficiëntere praktijkorganisatie, een betere inzet van assistenten en meer mogelijkheden voor automatisering.
320. Wanneer zorgaanbieders die geen potentiële of daadwerkelijke concurrenten van elkaar zijn (zoals bijvoorbeeld een huisarts, een fysiotherapeut en een apotheek) gezamenlijk een gezondheidscentrum opzetten, zijn daartegen in principe geen mededingingsrechtelijke bezwaren. Het is dan ook bijvoorbeeld toegestaan om als samenwerkingsverband gezamenlijk met de zorgverzekeraar te onderhandelen over het product dat men gezamenlijk aanbiedt of inkoopt. Wel moet worden gekeken naar mogelijke verticale aspecten die de mededinging kunnen beperken, zoals uitsluitingseffecten die kunnen optreden wanneer de verschillende beroepsgroepen hoge marktaandelen hebben of wanneer er door verschillende ketens die naast elkaar bestaan cumulatieve effecten optreden.
321. Ook in het geval van samenwerking binnen een gezondheidscentrum moeten mogelijke horizontale aspecten niet vergeten worden. Wanneer niet alleen zorgaanbieders van verschillende disciplines

een gezondheidscentrum vormen, maar bovendien meerdere zorgaanbieders van dezelfde discipline deelnemen, bijvoorbeeld drie huisartsen, dan moet de samenwerking eerst op mogelijke horizontale beperkingen beoordeeld worden omdat de overeenkomst tussen de huisartsen op grond van het kartelverbod verboden kan zijn.

6.3.5 Rol van de brancheorganisatie

322. In de zorgsector zijn zorgaanbieders en zorgverzekeraars vaak georganiseerd in beroepsorganisaties of brancheorganisaties (hierna: brancheorganisaties). Brancheorganisaties kunnen een nuttige rol vervullen bij het voorkomen van overtredingen van de Mededingingswet. De NMa juicht het toe als een brancheorganisatie de leden ondersteunt bij mededingingsvraagstukken door bijvoorbeeld voorlichting of het opzetten van compliance programma's. De NMa staat ook positief tegenover vormen van ondersteuning waarmee de beroepsbeoefenaren in de zorg hun bedrijfsvoering kunnen verbeteren en daarmee hun slagvaardigheid in het concurrentieproces vergroten.
323. Daar staat tegenover dat brancheorganisaties zelf ook onder de reikwijdte van de Mededingingswet kunnen vallen. In paragraaf 6.1.4 is toegelicht dat artikel 6 Mw ook van toepassing is op mededingingsbeperkende gedragingen door een brancheorganisatie. Wanneer een ondernemersvereniging het marktgedrag van haar leden voorschrijft of als blijkt dat zij het gedrag van de leden wil coördineren, is het niet nodig om daarnaast wilsovereenstemming tussen de leden onderling of aanvaarding door de leden aan te tonen.²²² Ook als de vereniging zelf geen marktactiviteiten ontplooit, kan zij door eigen optreden de mededinging tussen de leden beperken.²²³ Dit staat los van de mogelijkheid dat leden de organisatie gebruiken als forum of dekmantel voor onderlinge kartelafspraken of voor afstemming.²²⁴ Hierna wordt ingegaan op een aantal specifieke vormen van samenwerking waarin de brancheorganisaties een belangrijke rol spelen. Daarbij wordt vermeld hoe de rol van de brancheorganisatie zich in die gevallen verhoudt tot de Mededingingswet.

6.3.5.1 Gezamenlijke onderhandelingen

324. De brancheorganisatie mag niet namens de aangesloten leden collectieve onderhandelingen voeren over factoren die de concurrentie beïnvloeden, zoals tarieven of vestiging. Te denken valt aan de situatie waarin een brancheorganisatie namens de aangesloten leden met de zorgverzekeraar onderhandelt over het tarief. In dat geval is in de regel sprake van een overtreding van het kartelverbod. Het uitgangspunt is namelijk dat iedere ondernemer zelf zijn commerciële beleid en

²²² Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, zaak 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 32.

²²³ Krachtens jurisprudentie valt ook een (mededingingsbeperkende) overeenkomst dan wel afstemming *tussen ondernemersverenigingen* onder het toepassingsgebied van artikel 6 Mw, hoewel dit uit de letterlijke tekst niet is op te maken; Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 15 mei 1975, *Frubo*, 71/74, Jur. 1975, p. 563, r.o. 30-31, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 8 november 1983, *NAVEWA*, gevoegde zaken 96-102, 104-105, 108, 110/82, Jur. 1983, p. 3396, r.o. 20.

²²⁴ Gerecht van Eerste Aanleg van 16 december 2003, *FEG en Technische Unie*, gevoegde zaken T-5 en 6/00, Jur. 2003, p. 5761 en of van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 21 september 2006, *FEG en TU*, C-105/04 P en C-113/04 P, Jur. 2006, p. 8725.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

prijzen moet vaststellen zonder het voorgenomen marktgedrag af te stemmen met zijn concurrenten (de leden van de brancheorganisatie).

Voorbeeld 42

In de regionale vereniging van de tien gevestigde verloskundigenpraktijken is afgesproken dat een aantal van hen namens hen allen zal onderhandelen met de zorgverzekeraars en dat zij daarbij honorering tegen het door de NZa goedgekeurde maximumtarief zullen bedingen. Zijn deze onderhandelingen in het licht van de Mededingingswet toegestaan?

Antwoord:

Nee, het is niet toegestaan om via een beroepsvereniging collectief afspraken te maken over het te hanteren tarief. In dit specifieke voorbeeld geldt dat de bagateluitzondering van artikel 7 Mw niet van toepassing is, aangezien meer dan acht ondernemingen zijn betrokken bij de afspraak. Het gaat om een prijsafpraak tussen concurrenten die in strijd is met het kartelverbod: de verloskundigenpraktijken bedingen gezamenlijk een tarief.

325. Een branchevereniging mag wel haar achterban in algemene zin vertegenwoordigen. Zo kan bijvoorbeeld een regionale vereniging van zorgaanbieders bepaalde knelpunten in de zorgvraag of in het aanbod bij een zorgverzekeraar aangeven. De zorgverzekeraar zal vervolgens de vrijheid moeten houden om te bepalen wat uiteindelijk aan individuele zorgaanbieders wordt aangeboden en wat wordt afgesproken. Het is de branchevereniging niet toegestaan om, bijvoorbeeld naar aanleiding van gesprekken met een zorgverzekeraar, haar leden te adviseren over de omvang of de prijsstelling van het aanbod naar de zorgverzekeraar. Ten aanzien van kwaliteit ligt dit genuanceerder. Een branchevereniging mag adviseren over zuiver medisch inhoudelijke en op wetenschappelijk bewijs gestoelde standaarden en prestatie-indicatoren. Waar het advies over de kwaliteit van zorg echter verder gaat dan professionele standaarden en prestatie-indicatoren is dat niet toegestaan. Dit zal de keuzemogelijkheden onnodig beperken. Zie hierover ook paragraaf 6.3.2.5.

6.3.5.2 Prijsadviezen

326. Als een brancheorganisatie tarieven (dwingend) voorschrijft, of vestigingsplaatsen, respectievelijk werkzaamheden onder haar leden verdeelt (marktverdeling), staat dit in feite gelijk aan een horizontaal kartel tussen de leden. Evenmin mag een brancheorganisatie collectieve prijsadviezen aan de leden kenbaar maken. Met een collectief prijsadvies wordt bedoeld dat een brancheorganisatie haar leden adviseert om een bepaalde (minimum)prijs te hanteren. Dit is niet toegestaan omdat - zelfs bij het ontbreken van een afdwingbare verplichting – het advies dan waarschijnlijk een ijkpunt vormt voor de prijsstelling van de leden en zij hun tarieven daaraan zullen aanpassen ongeacht hun individuele kostenstructuur. Een zorgaanbieder zal namelijk eerder geneigd zijn een bepaald prijsniveau te handhaven of zelfs zijn prijzen te verhogen als hij met een bepaalde mate van zekerheid kan voorzien dat de concurrenten dit ook zullen doen. Hierdoor valt bij een collectief prijsadvies deels de prikkel weg voor de individuele ondernemingen om zo efficiënt mogelijk te werken, waardoor afnemers benadeeld worden en in hun keuzevrijheid beperkt

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

worden.²²⁵ Uitgangspunt van het mededingingsrecht is daarom dat ondernemingen zelfstandig, ieder voor zich, hun gedrag op de markt moeten bepalen.

327. Het bovenstaande is ook van toepassing op individuele prijsadviezen ('op aanvraag'), waarbij ongeacht de individuele situatie steeds hetzelfde tarief wordt aanbevolen. Ook is het van toepassing op adviezen van brancheorganisaties over onderdelen van prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen en toeslagen.²²⁶ Het uitdrukkelijk door de brancheorganisatie aankondigen van een bepaalde percentuele algemene prijsverhoging, die bijvoorbeeld 'noodzakelijk' of 'onafwendbaar' wordt geacht op grond van een voorziene kostenontwikkeling, wordt dezelfde wijze beoordeeld. Ten slotte kan het coördineren van (vrije, dat wil zeggen, niet van overheidswege gereguleerde) prijzen niet worden gerechtvaardigd met het argument dat de mededinging zich voornamelijk afspeelt ten aanzien van andere concurrentieparameters, met name kwaliteit van de dienstverlening. Uiteraard zijn adviezen met betrekking tot vaste prijzen en minimumprijzen potentieel gevaarlijker voor de mededinging dan adviezen met betrekking tot maximumprijzen, maar dat neemt niet weg dat in de praktijk ook maximumprijsadviezen voor de leden een richtpunt kunnen vormen, zodat deze in feite als vaste prijs of minimumprijs gaan functioneren. Daarom vallen de beschreven gedragingen van brancheorganisaties onder het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw.
328. Dat prijsadviezen in alle genoemde varianten *in beginse* de mededinging beperken, geeft aan dat de economische en juridische context in aanmerking moet worden genomen, teneinde vast te stellen of een advies inderdaad tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging beperkt wordt.²²⁷ Een mededingingsbeperkend doel kan bijvoorbeeld blijken uit (subjectieve) intentieverklaringen en motiveringen bij de besluitvorming die tot de aanbeveling leidt.

²²⁵ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 17 oktober 1972, *Vereniging van Cementhandelaren*, zaak 8/72, Jur. 1972, p. 977, r.o. 18-21; beschikking van de Europese Commissie van 5 juni 1996, *FENEX*, Pb. 1996, L 181/26, rnr. 61; beschikking van de Europese Commissie van 24 juni 2004, *Ereloonregeling Belgische Architecten*, Pb 2005, L 4, p. 10, rnr. 88; beschikking Commissie 29 november 1995, SCK en FNK, Pb 1995, L312/79; Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, *Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs d-g NMa*, MEDED 00/910.

²²⁶ Zie onder andere Rechtbank Rotterdam van 23 oktober 2001, *Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel t. d-g NMa*, MEDED 00/910-SIMO; Rechtbank Rotterdam 17 augustus 2004, *Modint*, MEDED 02/1087 RIP, en Rechtbank Rotterdam 17 augustus 2004, *NTC*, MEDED 02/1438 RIP.

²²⁷ Zie College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 6 oktober 2008, *NIP/NVVP/LVE*, AWB 06/667. Zie ook College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 28 oktober 2005, *Modint*, AWB 04/794 en 04/829, par. 7.2.2: 'Teneinde vast te stellen of een gedraging ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet de gedraging worden onderzocht binnen de economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt optreden, de producten of diensten waarop de gedraging betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.' Met betrekking tot het merkbaarheidsvereiste hanteert het College van het Beroep voor het Bedrijfsleven soortgelijke bewoordingen in College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 7 december 2005, *Secor*, AWB 04/237 en 04/249, par. 6.5. De Rechtbank Rotterdam baseert zich hierop, onder meer in de uitspraak van 28 februari 2006, *Bovag en NCBRM*, MEDED 04/3141 en de aangehaalde uitspraak in de zaak van NIP c.s.

329. Er zijn veel factoren die de NMa ingevolge de jurisprudentie²²⁸ in aanmerking neemt bij het beoordelen van een prijsadvies. Het betreft, onder meer:
- a. de bevoegdheden en taken van de vereniging;
 - b. de dekkinggraad van het lidmaatschap van de vereniging in verhouding tot het aantal zorgaanbieders in de desbetreffende beroepsgroep;
 - c. de inhoud en bewoordingen van de aanbeveling;
 - d. het feit dat de naleving van de aanbeveling wordt gecontroleerd.²²⁹
- Het voorgaande is geen uitputtende opsomming, noch staan de aspecten in een bepaalde rangorde. Altijd geldt dat het geheel van factoren in onderlinge samenhang bezien, beslissend is.
330. Als alle factoren worden meegewogen en een mededingingsbeperkend doel of gevolg kan worden vastgesteld, hoeft de NMa niet aan te tonen dat zonder de uitgevaardigde adviezen sprake zou zijn geweest van een andere – lagere – prijsstelling op de markt.

6.3.5.3 Informatie-uitwisseling

331. Wanneer een brancheorganisatie beschikt over concurrentiegevoelige informatie van haar leden, zoals bijvoorbeeld prijsinformatie, kan het toegankelijk maken van die informatie voor de leden afstemming in de hand werken. De uitwisseling van (concurrentiegevoelige) informatie kan namelijk leiden tot een uitschakeling van de normale onzekerheid in de markt over het (voorgenomen) marktgedrag van ondernemingen en daarmee tot een aantasting van de concurrentie. Of dit het geval zal zijn, moet beoordeeld worden in het licht van de precieze aard van de informatie, de specifieke kenmerken van de informatie-uitwisseling en de concrete omstandigheden op de markt. Wat betreft de aard van de informatie geldt dat deze bijvoorbeeld openbaar of vertrouwelijk, globaal of gedetailleerd en historisch of actueel kan zijn. Bij de specifieke kenmerken van de informatie-uitwisseling spelen de frequentie van de uitwisseling en het belang van de informatie voor de vaststelling van de prijzen, de hoeveelheden en/of de leveringsvoorwaarden een belangrijke rol.²³⁰ Bij de beoordeling van de omstandigheden op de markt moet rekening worden gehouden met de economische voorwaarden op de betrokken markten en de structuur van de markt waarop de

²²⁸ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer vs Commissie*, 45/85, Jur. 1987, p. 405; Beschikking 89/44/EEG van de Europese Commissie van 12 december 1988, *Publishers Association - Net Book Agreements*, Pb 1989, L 22/12; Beschikking van de Europese Commissie van 29 november 1995, *SCK en FNK*, Pb 1995, L312/79; beschikking 96/438/EG van de Europese Commissie van 5 juni 1996, *FENEX*, Pb 1996, L 181/28; beschikking Commissie van 26 oktober 1999, *FEG en TU*, Pb 1999, L039/1; beschikking van de Europese Commissie van 24 juni 2004, *Ereloonregeling Belgische Architecten*, Pb 2005, L 4/10.

²²⁹ Daarnaast houdt de NMa onder meer rekening met de wijze waarop de advisering past binnen het statutaire doel van de brancheorganisatie, het gemeenschappelijke belang dat de leden van de vereniging bij het vaststellen en verspreiden van de aanbeveling hebben (bijvoorbeeld in een situatie van overcapaciteit), de gezaghebbendheid van de branchevereniging(en) in kwestie, de mate van detaillering van de tarieven voor diverse verrichtingen, de historische achtergrond van de aanbevelingen (bijvoorbeeld het feit dat voorheen gereguleerde tarieven golden en aldus de status quo bestendig wordt), de frequentie en duur waarmee aanbevelingen worden verstrekt en het uitoefenen van feitelijke druk of dwang ter bevordering van de opvolging van de aanbevelingen.

²³⁰ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 november 2006, *Asnef-Equifax vs Ausbanc*, C-238/05, Jur. 2006, p. 11125, r.o. 54.

informatie-uitwisseling betrekking heeft. Wanneer er sprake is van een 'oligopolistische' markt, dat wil zeggen dat er weinig spelers zijn op de markt, van een homogeen product en van hoge toetredingsdrempels zal het uitwisselen van informatie eerder mededingingsbeperkend kunnen zijn.

Voorbeeld 43

Een branchevereniging brengt jaarlijks, aan de hand van de jaarverslagen van haar leden, in kaart hoe de kosten en de opbrengsten in de sector zich verhouden. Deze informatie wordt toegezonden aan de leden, met een objectief advies over hoe zij hun kostprijzen kunnen berekenen. Aangegeven wordt dat het erg van belang is om inzicht te hebben in de kostprijzen, aangezien uit het bestuderen van de jaarverslagen blijkt dat kosten en opbrengsten zich niet altijd even goed tot elkaar verhouden. Er wordt nadrukkelijk bij vermeld dat de leden zelfstandig hun prijzen moeten bepalen en dat de brancheorganisatie geen prijsadviezen zal verstrekken. Is deze vorm van informatie-uitwisseling toegestaan?

Antwoord:

Ja, dit is toegestaan. De informatie die de brancheorganisatie verstrekt is algemeen toegankelijk, geaggregeerd en de adviezen kunnen worden gekwalificeerd als objectief.

6.3.5.4 Calculatieschema's

332. Het verstrekken van kosteninformatie door beroepsverenigingen en of brancheorganisaties is in het algemeen toelaatbaar, tenzij het een verkapte prijsaanbeveling betreft. Voor dat geval geldt hetgeen hierboven is opgemerkt. Zorgaanbieders en zorgverzekeraars kunnen gezamenlijk of in het kader van een vereniging calculatieschema's opstellen. Hier mag in opgenomen worden welke posten in het algemeen van belang zijn bij het berekenen van tarieven. Ook kostenramingen of in een calculatieschema genoemde bedragen of verhogingspercentages zijn in principe toelaatbaar, mits deze beperkt blijven tot openbare informatie, die het voor ondernemingen eenvoudiger maakt de eigen kostprijsstructuur te berekenen en aldus zelfstandig de verkoopprijzen vast te stellen. Een brancheorganisatie die dergelijke informatie voorziet van de suggestie om kostenontwikkelingen door te berekenen of om een bepaalde marge of winstopslag te hanteren, handelt echter al gauw in strijd met artikel 6 Mw. De adviezen kunnen dan namelijk aangemerkt worden als mededingingsbeperkend, zie paragraaf 6.3.4.2.²³¹
333. De ondernemingen mogen niet met elkaar afspreken dat zij alle posten die in het calculatieschema zijn opgenomen ook daadwerkelijk aan de afnemers doorberekenen of welke posten in een concreet geval wel of niet op een bepaalde manier worden doorberekend. Dit geldt ook voor een advies van een ondernemersvereniging hierover, hetgeen in dat geval wordt aangemerkt als een besluit van een ondernemingsvereniging. Zo moet bijvoorbeeld een zorgaanbieder zelf beslissen of hij een verhoging in de eigen arbeidsongeschiktheidsverzekeringspremie aan de patiënt/zorgverzekeraar doorberekent. Bovendien mogen calculatieschema's niet aangeven welke bedragen of percentages voor deze posten berekend moeten worden. Dit zou namelijk kunnen leiden tot een uniformering van het prijsgedrag. Op dat moment zijn de calculatieschema's wel mededingingsbeperkend en vallen zij onder het kartelverbod.

²³¹ Ook hier geldt weer dat de gedraging uiteraard beoordeeld dient te worden in haar economische en juridische context.

Voorbeeld 44

Een groot aantal producenten van rollators berekent haar tarieven op basis van een tariefcalculatiesysteem dat is opgezet door hun brancheorganisatie. Met het systeem worden tarieven bepaald op basis van tijdseenheden en materiaaleenheden, waarbij geen sprake is van marges. Is dit systeem toelaatbaar op grond van de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, het systeem is niet toelaatbaar op grond van de Mededingingswet. De rollatorproducenten moeten onafhankelijk van elkaar hun tarieven bepalen in onderhandelingen met zorgverzekeraars. Het gebruik van een tariefcalculatiesysteem stuit in dit geval op mededingingsrechtelijke bezwaren. Het hanteren van collectief vastgestelde tijdseenheden en materiaaleenheden bij het vaststellen van de prijs voor rollators, heeft afstemming van het ondernemersgedrag tussen concurrerende producenten voor rollators tot gevolg. Aangezien het systeem door een groot aantal producenten wordt gebruikt, wordt hierdoor de mededinging beperkt en worden innovatie- en efficiëntieprikkels onderdrukt.

Voorbeeld 45

Een branchevereniging voor fysiotherapeuten biedt als service aan haar leden die overwegen om een eigen praktijk te beginnen een overzicht van kostenposten waar een fysiotherapeut aan kan denken bij het berekenen van zijn tarieven. Dit overzicht is bedoeld als een hulpmiddel voor de fysiotherapeut om een kostendekkend tarief te kunnen berekenen. De branchevereniging vindt deze service nodig omdat veel beginnende fysiotherapeuten meer vakinhoudelijk onderlegd zijn dan dat zij ondernemer zijn en omdat zij op voorhand weinig inzicht hebben in de verschillende kosten die gepaard gaan met het onderhouden van een eigen praktijk. Op deze manier hoopt de branchevereniging dat startende fysiotherapeuten beter in staat zijn om een reëel tarief te berekenen en daarmee de slagingskans van hun praktijk te verhogen. Is dit toegestaan?

Antwoord:

Ja, zolang het maar duidelijk is dat het overzicht niet limitatief is, niet statisch gebruikt moet worden en er geen bedragen zijn opgenomen die niet uit openbare informatie kunnen worden afgeleid, is dit toegestaan. Een fysiotherapeut moet vrij zijn om zijn eigen tarieven te bepalen.

6.3.5.5 Erkenningsregelingen

334. De mededingingsregels zijn ook van toepassing op kwaliteitsregelingen zoals certificeringsregelingen²³², keurmerkregelingen, kwaliteitsregisters of kwaliteitsregelingen die bijvoorbeeld deel uitmaken van statuten of van lidmaatschapscriteria van een brancheorganisatie. Deze regelingen zijn aan te merken als erkenningsregelingen. Brancheorganisaties spelen vaak een belangrijke rol bij de totstandkoming en uitvoering van erkenningsregelingen. Erkenningsregelingen zijn regelingen waarbij de activiteiten van ondernemingen worden getoetst aan een aantal kwalitatieve criteria (kwaliteitsregelingen). Als de activiteiten van een onderneming aan die criteria

²³² Waarbij de certificering en de controle op de kwaliteitseisen geschiedt door een onafhankelijke instantie.

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

voldoen, mag deze onderneming zich ‘erkend’ noemen. Erkende ondernemingen krijgen vaak het recht om door middel van een logo of anderszins aan het publiek kenbaar te maken dat zij erkend zijn.

335. De NMa staat in het algemeen positief tegenover erkenningsregelingen. De regelingen kunnen namelijk bijdragen aan de kwaliteit van de productie, transparantie, dienstverlening en distributie en de informatievoorziening en keuzemogelijkheden van de afnemer. Maar erkenningsregelingen kunnen ook de concurrentie beperken. Van een mededingingsbeperkend effect is onder meer sprake als van de erkenningsregeling een (potentieel) uitsluitingseffect uitgaat. Wanneer een erkenningsregeling voor de activiteiten van de deelnemers op de markt belangrijke economische voordelen biedt die zij niet anderszins zelf kunnen behalen, dan kan een situatie ontstaan waarin het voor ondernemingen moeilijk wordt om zonder deelname aan die regeling op de markt te opereren of te kunnen toetreden. Dit zal het geval zijn als de deelnemende ondernemingen een groot deel van de markt vertegenwoordigen én cliënten of zakelijke afnemers de bewuste erkenning als een belangrijke voorwaarde zien om goederen of diensten af te nemen.
336. Om ongerechtvaardigde uitsluiting te voorkomen en te waarborgen dat een ieder die aan de eisen van de erkenningsregeling voldoet daaraan kan deelnemen, moet de erkenningsregeling voldoen aan de volgende voorwaarden:
- a. de erkenningsregeling moet een open karakter²³³ hebben;
 - b. de eisen die de erkenningsregeling stelt, moeten objectief, niet-discriminerend en vóóraf duidelijk zijn;
 - c. de (toelatings)procedure voor erkenning moet transparant zijn; en
 - d. de (toelatings)procedure voor erkenning moet voorzien in een onafhankelijke beslissing²³⁴ over de toelating bij de eerste beoordeling, of nadat erkenning is geweigerd, in beroep.
337. In de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen²³⁵ van de NMa wordt specifiek uiteengezet op welke wijze erkenningsregelingen zich verhouden tot de Mededingingswet.

²³³ Van een open karakter is sprake wanneer de erkenningsregeling toegankelijk is voor iedereen die aan de voorwaarden voor toelating voldoet. Wanneer een erkenningsregeling gelijkwaardige waarborgen (bijvoorbeeld vergelijkbare diploma's of certificaten) accepteert, dan wordt de erkenningsregeling als open gezien. Zie in dit kader de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14).

²³⁴ Een erkenningsregeling is onafhankelijk, wanneer het besluit over toelating tot de erkenningsregeling onafhankelijk wordt genomen. Dit kan bij de eerste beoordeling het geval zijn, of, indien van toepassing, in beroep. De onafhankelijkheid moet zijn gewaarborgd in de samenstelling van het toetsende orgaan. Zo is er geen sprake van onafhankelijkheid, wanneer directe concurrenten beslissen over het al dan niet toelaten van een nieuwe zorgaanbieder. Zie in dit kader de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14).

²³⁵ Zie in dit kader de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14).

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Voorbeeld 46

Bij een erkenningsregeling van psychologen is 60 procent van de psychologen aangesloten. Deelname aan de erkenningsregeling wordt door afnemers (zorgverzekeraars en patiënten) als belangrijke indicator voor kwaliteit ervaren. In deze erkenningsregeling is heel algemeen bepaald dat commerciële gedragingen die tot doel hebben de praktijkvoering van een aangesloten collega te ondermijnen, niet zijn toegestaan. Bovendien is bepaald dat de erkenningsregeling alleen toegankelijk is voor psychologen die een opleiding hebben gevolgd bij een erkend opleidingsinstituut. Is deze bepaling toegestaan op grond van de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, deze regeling voldoet niet aan de voorwaarden die gelden voor erkenningsregelingen. De bepaling dat commerciële gedragingen die tot doel hebben de praktijkvoering van een aangesloten collega te ondermijnen niet zijn toegestaan, is bijvoorbeeld te algemeen verwoord. Het is vooraf niet duidelijk waar een toetreder aan moet voldoen en bovendien is niet uitgesloten dat ook mededingingsbeperkende afspraken hieronder vallen (tenslotte is commercieel gedrag dat de praktijkvoering van een collega ondermijnt juist typerend voor concurrentie). De eis van een erkende opleiding is wel toegestaan want deze eis kan gezien worden als objectief en niet-discriminatoir.

7 Slotbepalingen

Intrekking

338. De Richtsnoeren voor de zorgsector 2007 worden ingetrokken.

Publicatie

339. Deze regeling zal in de Staatscourant worden geplaatst.

Inwerkingtreding

340. Deze regeling treedt in werking met ingang van de eerste dag na dagtekening van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst.

Citeertitel

341. Deze regeling wordt aangehaald als: Richtsnoeren voor de zorgsector.

Aldus, gelet op de artikelen 1, 5l, 6, 7, 11, 24 en Hoofdstuk 5 Mw vastgesteld door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,

Den Haag, 9 maart 2010

P. Kalbfleisch

F.J.H. Don

J.Th.A. de Keijzer

Bijlage: Stappenplan bij samenwerking

Stappenplan bij de Richtsnoeren voor de zorgsector: Wat mag wel en wat mag niet bij samenwerking?

Markten laten werken. Dat is de missie van de NMa. De wet verbiedt ondernemingen niet om onderling afspraken te maken maar wel om afspraken te maken die de concurrentie beperken. Onder 'afspraken' vallen overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van ondernemersverenigingen (hierna: afspraken). Dit verbod geldt voor schriftelijke overeenkomsten maar ook voor onderlinge afstemming die niet (schriftelijk) in een afspraak is vastgelegd.

Dit stappenplan helpt u te beoordelen welke afspraken u als onderneming in de zorgsector met andere ondernemingen in de zorgsector wel of niet mag maken. Als onderneming dient u zelf te beoordelen of gedragingen of afspraken verenigbaar zijn met het mededingingsrecht. Dit wordt ook wel 'self-assessment' genoemd. Het stappenplan biedt u daarbij houvast.

Het stappenplan vormt een handzaam hulpmiddel bij de Richtsnoeren voor de zorgsector. Hierin heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) vastgelegd hoe zij aankijkt tegen afspraken tussen ondernemingen in de zorgsector. De NMa baseert zich op de geldende wetgeving, rechterlijke uitspraken en de toepassingspraktijk van de Europese Commissie.

Het stappenplan helpt u via acht stappen:

1. Is er sprake van een onderneming volgens de Mededingingswet?
2. Is er sprake van een afspraak volgens de Mededingingswet?
3. Is de afspraak vrijgesteld van het kartelverbod?
4. Tussen wie geldt de afspraak?
5. Hoe is de beoordeling van specifieke afspraken tussen concurrenten?
6. Hoe is de beoordeling van specifieke afspraken tussen niet-concurrenten?
7. Hoe is de beoordeling van (besluiten van) brancheorganisaties?
8. Is de afspraak toegestaan?

Toepassing van het stappenplan biedt u een indicatie, maar geen volledige juridische en economische beoordeling. Aan dit stappenplan kunnen dan ook geen rechten worden ontleend. Meer informatie is te vinden in de Richtsnoeren voor de zorgsector, te downloaden en/of te bestellen via www.nmanet.nl en via de NMa-Informatielijn (e-mail: info@nmanet.nl of tel. 0800-0231 885).

In dit stappenplan vindt u per stap een verwijzing naar de relevante informatie in de volgende bronnen:

- Mededingingswet (Mw)
- Specifieke randnummers in de Richtsnoeren voor de zorgsector (Rnr.)
- Website www.nmanet.nl (www)

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

	STAPPEN:	Als:	Dan:	Meer info:
1	STAP 1: IS ER SPRAKE VAN EEN ONDERNEMING IN DE ZIN VAN DE MEDEDINGINGSWET?			
	Wordt er een economische activiteit uitgeoefend?	Nee ►	Mw niet van toepassing	Rnr. 61-66
	Ja ►		Ga naar stap 2	
2	STAP 2: IS ER SPRAKE VAN EEN AFSpraak IN DE ZIN VAN DE MEDEDINGINGSWET?			
	Is sprake van een afspraak tussen ondernemingen?	Nee ►	Mw niet van toepassing	Rnr. 181-188
	Ja ►		Ga naar stap 3	
3	STAP 3: IS DE AFSpraak VRIJGESTELD VAN TOEPASSING VAN ARTIKEL 6 MW?			
3.1	Zijn er meer dan acht ondernemingen bij de afspraak betrokken?	Ja ►	Ga naar stap 3.2	Art. 7 Mw Rnr.196-200
	Nee ▼			
	Richten de activiteiten van de betrokken ondernemingen zich in hoofdzaak op het leveren van goederen?			
	Zo ja, is de gezamenlijke omzet hoger dan EUR 5.500.000?	Nee ►	Afspraak mag	Rnr. 197
	Zo nee, is de gezamenlijke omzet hoger dan EUR 1.100.000?	Nee ►	Afspraak mag	Rnr. 197
	Ja ►		Ga naar stap 3.2	
3.2	Is er sprake van een afspraak tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten?	Nee ►	Ga naar stap 3.4	Rnr. 198, 245
	Ja ▼			
	Is het gezamenlijke marktaandeel van de ondernemingen niet groter dan 5% en hun gezamenlijke omzet niet hoger dan EUR 40.000.000?	Ja ►	Afspraak mag	Rnr. 198
	Nee ►		Ga naar stap 3.3	

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

3-3	Valt de afspraak onder de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	Art. 15 Mw Rnr. 267-271 www
	<i>Nee</i> ▼			
	Valt de afspraak onder de Europese groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	Art. 12/13 Mw Rnr. 204-208, 209-216
	<i>Nee</i> ▼			
	Valt de afspraak onder de Europese groepsvrijstelling voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	Art. 12/13 Mw Rnr. 204-208, 217-220
	<i>Nee ►</i>		Ga naar stap 4	
34	Valt de afspraak onder de Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	Art. 12/13 Mw Rnr. 204-208, 221-223
	<i>Nee ►</i>		Ga naar stap 4	
4	STAP 4: TUSSEN WIE GELDT DE AFSpraak?			
	Gaat het om een afspraak binnen één onderneming?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	Rnr. 238-244
	<i>Nee</i> ▼			
	Gaat het om een afspraak tussen concurrenten?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 5	Rnr. 245-247
	<i>Nee</i> ▼			
	Gaat het om een afspraak tussen niet-concurrenten? (bijv. verticale keten)	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 6	Rnr. 298-300
	<i>Nee</i> ▼			
	Gaat het om een (besluit van een) brancheorganisatie?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 7	Rnr. 322-323
5	STAP 5: HOE IS DE BEOORDELING VAN SPECIFIEKE AFSPRAKEN TUSSEN CONCURRENTEN?			
5-1	Is het een prijsafspraken?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 248-250
	<i>Nee</i> ▼			

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

	Is het een marktverdelingsafpraak? <i>Ja ►</i> Ga naar stap 8 <i>Rnrs. 256-262</i> (al dan niet 'nieuwe gebieden', dunbevolkte gebieden of 24-uurs zorg) <i>Nee</i> ▼	
	Is het een aanbestedingsafpraak? <i>Ja ►</i> Ga naar stap 8 <i>Rnr. 263-267</i> <i>Nee</i> ▼	
	Beoogt de afspraak gemeenschappelijke leveringsweigering (boycot)? <i>Ja ►</i> Ga naar stap 8 <i>Rnr. 272</i> <i>Nee ►</i> Ga naar stap 5.2	
52	Gaat het om onderhandelingen via een zorgmakelaar? <i>Nee ►</i> Ga naar stap 5.3 <i>Rnr. 251-255</i> <i>Ja ►</i> Ga naar stap 5.2.1	
52.1	Worden de beslissingen met betrekking tot concurrentieparameters individueel door de zorgaanbieder genomen? <i>Nee ►</i> Ga naar stap 8 <i>Rnr. 252</i> <i>Ja ►</i> Afspraak mag <i>Rnr. 252</i>	
53	Gaat het om zuivere kwaliteitsafspraken, zoals afspraken met betrekking tot standaarden, protocollen, nascholing, intercollegiale toetsing, technische aspecten van automatisering en objectieve (minimum-)kwaliteitseisen? <i>Nee ►</i> Ga naar stap 5.4 <i>Rnr. 273-277</i> <i>Ja</i> ▼ Worden de mogelijkheden voor innovaties en nieuwe ontwikkelingen als gevolg van de afspraak beperkt? <i>Ja ►</i> Ga naar stap 8 <i>Rnr. 275</i> <i>Nee</i> ▼ Hebben de afspraken (tevens) betrekking op concurrentieparameters, zoals openingstijden, extra service of inrichting van de praktijk? <i>Ja ►</i> Ga naar stap 8 <i>Rnr. 277, 278</i> <i>Nee ►</i> Afspraak mag	

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

54	Betreffen de afspraken gemeenschappelijke inkoop?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 5.5	Rnr. 279-283
	<i>Ja</i> ▼			
	Leidt de gemeenschappelijke inkoop tot inkoopmacht op markten waar wordt ingekocht?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 9	Rnr. 282
	<i>Nee</i> ▼			
	Leidt de gemeenschappelijke inkoop tot een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 283
	<i>Nee ►</i>		Afspraak mag	
55	Hebben de afspraken betrekking op een gezamenlijk te voeren preferentiebeleid?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 5.6	Rnr. 284-288
	<i>Ja</i> ▼			
	Bestaan er op het moment van toekenning van de preferentie voldoende mogelijkheden voor concurrentie?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 288
	<i>Ja</i> ▼			
	Is de looptijd van de exclusiviteit zodanig dat er sprake is van regelmatig terugkerende momenten waarop concurrentie kan plaatsvinden?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 288
	<i>Ja</i> ▼			
	Is de procedure voor het aanwijzen van de preferente aanbieder voldoende objectief en non-discriminatoire?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 288
	<i>Ja</i> ▼			
	Zijn de verzekeraars vrij om hun premies te verlagen als gevolg van de lagere kosten?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 286
	<i>Ja</i> ▼			
	Nemen er veel verzekeraars deel aan het preferentiebeleid?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 286-288
	<i>Nee</i> ▼			

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

	Vallen er veel groepen geneesmiddelen binnen het gehanteerde preferentiebeleid?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 286-288</i>
	<i>Nee ►</i>		Afspraak mag	
56	Hebben de afspraken betrekking op waarneming?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 5.7	<i>Rnr. 289-291</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Zijn de voorwaarden voor deelname aan de waarnemingsafspraken open, objectief, transparant en niet-discriminerend?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 290</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Is het passief werven van patiënten van collega's voor wie wordt waargenomen toegestaan?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 290</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Gaan de waarnemingsafspraken verder dan noodzakelijk voor de waarneming?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 291</i>
	<i>Nee</i> ▼			
	Beschikken de deelnemers aan de waarneming gezamenlijk over marktmacht?	<i>Nee ►</i>	Afspraak mag	<i>Rnr. 291</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Leidt de waarnemingsregeling tot uitsluiting van derden?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 291</i>
	<i>Nee ►</i>		Afspraak mag	
57	Betreft de afspraak informatie-uitwisseling tussen concurrenten?	<i>Nee ►</i>	Ga naar 5.8	<i>Rnr. 294, 331</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Wordt de informatie-uitwisseling benut om de nakoming van verboden mededingingsbeperkende afspraken te controleren?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 294</i>
	<i>Nee ►</i>		Ga naar stap 5.7.1	

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

5.7.1	Aard, frequentie en bestemming van de uitgewisselde informatie			Rnr. 294, 331
	Betreft het publiek toegankelijke informatie?	<i>Ja</i> ►	Afspraak mag	Rnr. 331
	Nee ▼			
	Gaaf de uitgewisselde informatie over prijzen, productie, afzet of klanten?	<i>Ja</i> ►	Ga naar stap 8	Rnr. 294, 331
	Nee ▼			
	Is de uitgewisselde informatie niet herleidbaar tot individuele marktdeelnemers en is de informatie ouder dan 12 maanden?	<i>Ja</i> ►	Afspraak mag	Rnr. 294, 331
	<i>Nee</i> ►		Ga naar stap 5.7.2	
5.7.2	Marktstructuur			Rnr. 331
	Is er sprake van weinig spelers op de markt, van een homogeen product en van hoge toetredingsdrempels?	<i>Ja</i> ►	Ga naar stap 8	Rnr. 331
	<i>Nee</i> ►		Afspraak mag	
58	Heeft de afspraak betrekking op het gezamenlijk opzetten van elektronische netwerken, bijvoorbeeld ten behoeve van het elektronische patiënten- of medicatiedossier?	<i>Nee</i> ►	Ga naar stap 5.9	Rnr. 292-293
	<i>Ja</i> ▼			
	Is (de toegang tot) het samenwerkingsverband open, transparant en non-discriminatoir?	<i>Nee</i> ►	Ga naar stap 8	Rnr. 295
	<i>Ja</i> ▼			
	Wordt de elektronische koppeling gebruikt voor het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie?	<i>Ja</i> ►	Ga naar stap 5.7	Rnr. 293 Stap 5.7
	<i>Nee</i> ►		Afspraak mag	
59	Is er sprake van samenwerking op administratiegebied, zoals bijvoorbeeld het gebruik van gezamenlijke declaratiesystemen?	<i>Nee</i> ►	Ga naar stap 5.10	Rnr. 296
	<i>Ja</i> ▼			

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

	Beperkt de samenwerking zich tot de administratieve verwerking van bedrijfsactiviteiten?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 296</i>
	<i>Ja ►</i>		Afspraak mag	
5.10	Heeft de afspraak betrekking op samenwerking in een HOED?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 5.11	<i>Rnr. 297</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Vormen de samenwerkende huisartsen één onderneming?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	<i>Rnr. 235-236, 297</i>
	<i>Nee</i> ▼			
	Onderhandelen de huisartsen gezamenlijk met verzekeraars over tarief en/of volume?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 297</i>
	<i>Nee</i> ▼			
5.11	Heeft de samenwerking andere mededingingsbeperkende effecten?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	
	<i>Nee ►</i>		Afspraak mag	
6	STAP 6: HOE IS DE BEOORDELING VAN SPECIFIEKE AFSPRAKEN TUSSEN NIET-CONCURRENTEN?			
6.1	Hebben de afspraken betrekking op ketenzorg of een strategische alliantie?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 6.2	<i>Rnr. 301-308</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Hebben de bij de samenwerking betrokken ondernemingen een (relatief) groot marktaandeel?	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 6.1.1	<i>Rnr. 308</i>
	<i>Ja</i> ▼			
	Zijn er binnen de keten exclusiviteitsafspraken gemaakt die een uitsluitingseffect tot gevolg kunnen hebben? Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien er sprake is exclusieve doorverwijzing binnen de keten/alliantie.	<i>Nee ►</i>	Ga naar stap 6.1.1	<i>Rnr. 304, 307</i>
	<i>Ja</i> ▼			

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

	Hebben deze afspraken een (relatief) beperkte duur en een korte opzegtermijn? <i>Ja</i> ►	<i>Nee</i> ►	Ga naar stap 8	<i>Rnr. 307</i>
			Ga naar stap 6.1.1	
6.1.1	Zijn er op dezelfde markt meerdere soortgelijke ketens/ strategische allianties aanwezig die soortgelijke afspraken maken? <i>Ja</i> ▼ Is er sprake van een marktafsluitend effect als gevolg van de verschillende (parallele) ketens/ strategische allianties? <i>Nee</i> ▼ Worden er met de andere ketens/ strategische allianties afspraken gemaakt? <i>Nee</i> ►	<i>Nee</i> ► <i>Ja</i> ► <i>Ja</i> ►	Afspraak mag Ga naar stap 8 Ga naar stap 5 Afspraak mag	<i>Rnr. 309-311</i> <i>Rnr. 310</i> <i>Rnr. 312</i>
6.2	Is er sprake van samenwerking in een gezondheidscentrum? <i>Ja</i> ▼ Zijn er ook (potentiële) concurrenten bij de samenwerking betrokken? <i>Ja</i> ►	<i>Nee</i> ► <i>Nee</i> ►	Ga naar stap 6.3 Afspraak mag Ga naar stap 5	<i>Rnr. 318-321</i> <i>Rnr. 245, 320-321</i> <i>Rnr. 321</i>
6.3	Heeft de afspraak andere mededingingsbeperkende effecten? <i>Ja</i> ►	<i>Nee</i> ►	Afspraak mag Ga naar stap 8	
7	STAP 7: HOE IS DE BEOORDELING VAN EEN (BESLUIT VAN EEN) BRANCHEORGANISATIE?			
7.1	Voert de brancheorganisatie namens de aangesloten leden collectieve onderhandelingen over factoren die de concurrentie beïnvloeden, zoals bijvoorbeeld tarieven of vestiging? <i>Nee</i> ▼ Schrijft de brancheorganisatie dwingend tarieven of vestigingsplaatsen voor aan haar leden? <i>Nee</i> ▼	<i>Ja</i> ► <i>Ja</i> ►	Ga naar stap 8 Ga naar stap 8	<i>Rnr. 324</i> <i>Rnr. 324-325</i>

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

	Verdeelt de brancheorganisatie werk onder de aangesloten leden?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 324-325
	<i>Nee ►</i>		Ga naar stap 7.2	
72	Gaat het om adviezen van een brancheorganisatie aan haar leden?	<i>Nee ►</i>	Ga naar 7.3	Rnr. 326-333
	<i>Ja</i> ▼			
	Hebben de adviezen alleen betrekking op belangenbehartiging, voorlichting, aanspreekpunten, onderzoek of de stimulering van kwaliteit?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	
	<i>Nee</i> ▼			
	Hebben de adviezen betrekking op adviesprijzen en -tarieven, met inbegrip van kortingen, minimaal benodigde marges of minimumprijzen?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 326-327
	<i>Nee</i> ▼			
	Hebben de adviezen bestrekking op calculatieschema's en kostenramingen?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag	Rnr. 332-333
	Dit is afhankelijk van de objectiviteit van de inlichtingen, of er een aanbeveling over doorberekening van kosten wordt gegeven, van de aard van de verstrekte informatie (openbaar of niet), de marktstructuur en van het feit of de leden zelfstandig hun verkoopprijzen kunnen vaststellen.			
	<i>Nee ►</i>		Ga naar stap 8	
73	Stelt de branchevereniging informatie beschikbaar aan haar leden?	<i>Nee ►</i>	Ga naar 7.4	Rnr. 331
	<i>Ja</i> ▼			
	Wordt de uitwisseling benut om nakoming van verboden mededingingsbeperkende afspraken te controleren?	<i>Ja ►</i>	Ga naar stap 8	Rnr. 294
	<i>Nee</i> ▼			

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

	Wordt er concurrentiegevoelige informatie beschikbaar gesteld aan de leden van de branchevereniging? <i>Ja ►</i> <i>Nee ►</i>	Ga naar stap 5.7 Afspraak mag	Rnr. 294, 331
7.4	Gaat het om een erkenningsregeling, zoals een certificeringsregeling, keurmerkregeling, kwaliteitsregister of kwaliteitsregeling? <i>Ja</i> ▼ Vertegenwoordigen de ondernemingen slechts een gering deel van de markt (minder dan 20% marktaandeel) en zijn er geen bepalingen die tot doel hebben de mededinging te beperken? <i>Ja ►</i> <i>Nee</i> ▼ Wordt er in de markt belang gehecht aan deelname aan een erkenningsregeling? <i>Ja</i> ▼ Heeft de erkenningsregeling mededingingsbeperkende effecten, bijvoorbeeld doordat het zonder deelname aan de erkenningsregeling niet goed mogelijk is om op de betreffende markt te opereren of om tot deze markt toe te treden? <i>Ja</i> ▼ Voldoet de erkenningsregeling aan de volgende cumulatieve voorwaarden: - open karakter - objectieve, niet-discriminerende en vooraf duidelijke eisen - (toelatings)procedure is transparant - (toelatings)procedure voorziet in onafhankelijke beslissing over toelating bij eerste beoordeling of na weigering in beroep <i>Nee ►</i>	Ga naar stap 7.5 Afspraak mag Afspraak mag Afspraak mag Afspraak mag Afspraak mag Ga naar stap 8	Rnr. 334-337 www Rnr. 335 www Rnr. 335 Rnr. 335 www Rnr. 335 www
7.5	Heeft de afspraak andere concurrentiebeperkende effecten? <i>Ja ►</i>	Afspraak mag Ga naar stap 8	

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

8 STAP 8: IS DE AFSpraak TOEGESTAAN?			
Is de mededingingsbeperking merkbaar?	<i>Nee ►</i>	Afspraak mag	Rnr. 201, 203
Bij op het eerste gezicht minder ernstige beperkingen van de mededinging, zoals bepaalde vormen van informatie-uitwisseling, wordt een uitgebreider onderzoek gedaan. Hierbij wordt gekeken naar de mogelijke effecten die de informatie-uitwisseling op de markt kan hebben. Pas wanneer de informatie-uitwisseling tot gevolg heeft gehad dat de mededinging merkbaar is beperkt, zal sprake kunnen zijn van een overtreding van het kartelverbod. Wanneer sprake is van een ernstige mededingingsbeperking, zoals prijsafspraken, marktverdelingsafspraken, aanbestedingsafstemmingen en collectieve boycotts, wordt gekeken of de betrokken ondernemingen niet een zodanig zwakke positie hebben op de markt, dat van een beïnvloeding van de markt door de overeenkomst niet of nauwelijks sprake kan zijn. Er wordt niet snel van uitgegaan dat van een dergelijk zwakke positie sprake is. <i>/a</i> ▼			
Dragen de afspraken bij tot verbetering van de productie/distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang?	<i>Nee ►</i>	Afspraak mag niet	6.3 Mw Rnr. 224-227
<i>/a</i> ▼			
Komt een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen ten goede aan de gebruikers?	<i>Nee ►</i>	Afspraak mag niet	6.3 Mw Rnr. 224-227
<i>/a</i> ▼			
Worden aan de betrokken ondernemingen beperkingen opgelegd die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag niet	6.3 Mw Rnr. 224-227
<i>Nee</i> ▼			
Wordt aan de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geboden voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen?	<i>Ja ►</i>	Afspraak mag niet	6.3 Mw Rnr. 224-227
<i>Nee ►</i>		Afspraak mag	

Register

2

24-uurs zorg.....	84
-------------------	----

A

aanbestedingsafspraken.....	58, 62, 87
aanbestedingsprocedures.....	86
aanbeveling.....	57
aanbodsubstitutie.....	23
aanmerkelijke marktmacht.....	12, 15
actieve verkoop.....	67
administratieve afspraken.....	98
afnemersmacht.....	22, 94
apotheken.....	26
AWBZ.....	21, 27, 28

B

bagatelbepaling.....	60
bedrijfskolom.....	47
behandeltermijn.....	38, 39
beleidsregel concentraties van zorgaanbieders.....	45
beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009.....	88
beoordelingskader.....	16
beroepsorganisaties.....	109
besluit.....	56
best practices.....	58
bestuurlijke boete.....	17
bevoegdheden.....	15, 17
bevoegdheidsverdeling NMa en NZa.....	13
bid rigging.....	58, 62
boete.....	18
brancheorganisaties.....	109, 113
branchevereniging.....	57, 91, 110

C

calculatieschema.....	57
calculatieschema's.....	113
case by case benadering.....	75
case-by-case-benadering.....	16

certificeringsregelingen.....	114
clementie.....	18
cliëntenraad.....	45
collectief onderhandelen.....	79, 109
collectieve boycot.....	58, 62, 91
combinatieovereenkomsten.....	88
concentratie.....	16, 34
concentratietoezicht.....	34
concurrentiedruk.....	22
concurrentiegevoelige informatie.....	39, 112
conglomerate concentraties.....	34
context.....	16, 30, 58, 93, 107
contractvoorwaarden.....	32
coöperatie.....	77
coöperatieve vereniging.....	77
cumulatief effect.....	104

D

dienst van algemeen economisch belang.....	54, 73
diensten van algemeen economisch belang.....	59
distributieketen.....	68
due diligence.....	40
dunbevolkte gebieden.....	85
dwangsom.....	17

E

economische activiteit.....	20, 55
economische eenheid.....	20, 35, 75
economische machtspositie.....	12, 15, 29, 31
economische machtspositie (misbruik van).....	11
efficiëntieverbeteringen.....	50
efficiëntieverweer.....	50
elektronisch patiëntendossier.....	97
elektronische netwerken.....	97
Europese richtsnoeren.....	6
ex ante toezicht.....	16
ex post toezicht.....	16
exclusiviteit.....	95
exclusiviteitsovereenkomst.....	102
exclusiviteitsvoorwaarden.....	69
extramuralisering.....	10

F

farmaceutische hulpverlening	26
financiële moeilijkheden	52
full service-benadering	10
full-function joint ventures	36
fusie	34, 35

G

geestelijke gezondheidszorg	27
gemeenschappelijke inkoop	93
gemeenschappelijke leveringsweigering	91
gemeenschappelijke onderneming	34, 35
geografische marktafbakening	28
geografische markten	100
gezamenlijk onderhandelen	79
gezondheidscentrum	108
groepsvrijstellingen	58, 62
gun-jumping	38

H

handhavinginstrumenten	17
HOED-constructies	99
hoofdaannemer	88
horizontale afstemming	74
horizontale concentraties	34, 46
horizontale overeenkomsten	78
huisartsenzorg	31
huishoudelijke zorg	27

I

IGZ	10, 16, 44
individuele extramurale zorgaanbieders	29
individuele toets (vrijstelling)	71
informatie-asymmetrie	30
informatie-uitwisseling	40, 62, 92, 112
informele zienswijze	17
inkoopmacht	29, 30, 32
inkoopmarkt	94
Inspectie voor de Gezondheidszorg	10
intercollegiale toetsing	91

J

joint venture	34, 35
---------------------	--------

K

kartelverbod	55
ketenzorg	10, 102
ketenzorg	101
keurmerken	10
keurmerkregelingen	114
keuzemogelijkheden	22
klankbordgroep	80
kosteninformatie	113
kostenmaatschap	76
kostenramingen	113
kwaliteit	92
kwaliteit (minimum)	44, 51
kwaliteitsbevordering	91
kwaliteitscertificaten	10
kwaliteitseisen (minimale)	10
kwaliteitseisen (minimum)	10, 91
kwaliteitsprotocollen	58
kwaliteitsregelingen	114
kwaliteitsregisters	114

L

leveringsvoorwaarden	32
lidmaatschapscriteria	114

M

maatschap	76
maatschapsovereenkomst	77
marktaandelen	22, 30, 48
marktaandelen voor de bagatelbepaling	61
marktafsluitende effecten	75
marktafsluiting	47
marktmacht	29
marktverdelingsafspraken	58, 62, 81
marktwerking (gereguleerde)	9
mededingingsbeperkend doel	58
Mededingingswet	12, 16
melding	37
meldingsfase	42

RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

meldingsformulier	37
meldingsplichtige concentratie	38
merkbaarheid	62
merkbare mededingingsbeperking	61
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport	5
misbruik van een economische machtspositie	29
multidisciplinaire samenwerking	101

N

nachtzorg	84
natuurlijke personen	20
niet-concurrenten	99
niet-concurrentiebeding	70
niet-horizontale concentraties	34
nieuwe gebieden	83
NMa	12, 14
noodzakelijk	85
NZa	12, 14, 44

O

omzet voor de bagatelbepaling	60
omzetrempel (bagatel)	60
omzetrempels (concentratie)	37
onderaannemer	88
onderaanneming	88
onderhandelen	32, 33
onderling afgestemde feitelijke gedraging	56
ondernemersvereniging	56
onderneming	15, 20, 55, 75, 76
onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten	67
ondoelmatig	84
ontheffing	39
overeenkomst	55
overname	34, 35

P

parallele ketens	104
passieve verkoop	67
patiëntsturing	48
permanent ondernemingsbestuur	75
persoonlijke alarmering	84
persoonlijke verzorging en verpleging	27
preferente leveranciers	94

preferentiebeleid (gezaamenlijk)	94
prijsadviezen	110
prijsadviezen (collectief)	110
prijsadviezen (individueel)	111
prijsafspraken	58, 62, 78
productmarkten	100
professionele standaarden	10
proportioneel	85
protocollen	10, 91
pseudo-combinatieovereenkomst	88

R

rechtspersoon	20
reddingsfusie	52
regionaal mechanisme	25
reisbereidheid	24
relevante geografische markt	22, 23
relevante markt	22
relevante productmarkt	22, 23
remedies	43, 44
Richtsnoeren	5, 6, 7

S

samenwerkende ketens	106
samenwerking	74
samenwerkingsprotocol	15
samenwerkingsverband	98, 104
samenwerkingsverbanden	74
self-assessment	6, 16
specialisatie	10
specialisatieovereenkomsten	63
spoedgevallen	92
standaardcontract	33
standaarden	91
strategische alliantie	102
structurele maatregel	17

T

thuiszorgaanbieders	21
toetredingsdrempels	30, 31
toetredingsmogelijkheden	31
toezegging	17
toezicht	11, 12, 16

U

uitsluiting	32
uitsluitingseffect	94, 102, 106
uitzonderingsgronden	50

V

veilige haven	62
vergunning	42, 43, 44
vergunningseis	42
vergunningfase	16, 43
verkoopmacht	30
verkoopmarkt	94
verkort besluit	43
verstandelijk gehandicapten	26
verticale afstemming	74, 75
verticale concentraties	34, 47
verticale overeenkomsten	68
verticale samenwerking	100
verzekeringmarkt	33
vestigingsbeleid	57
vraagsubstitutie	23
vrije beroepsbeoefenaren	21
VWS	5

W

waarneming	96
waarnemingsregeling	96
Wet maatschappelijke ondersteuning	27
Wet Marktordening Gezondheidszorg	12
Wmg	12
woningcorporatie	106
woonzorgcombinatie	106
woonzorgcomplexen	10

Z

zeggenschap	34, 35
ziekenhuiszorg	27
zienswijze	16, 44
zorgaanbieders	20
zorginkoop	25
zorgkantoren	15
zorgketens	101
zorgmakelaar	79
zorgplicht	9, 26, 30
zorgsector	9
zorgverlening	26
zorgverzekeraar	21, 25, 31, 94
zorgverzekeringen	25