

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## Inhoudsopgave

Inhoudsopgave .....	1
1 Inleiding .....	2
1.1 Algemeen kader en doelstelling .....	2
1.2 Leeswijzer .....	4
2 Zorgsector en de rol van de NMa .....	7
2.1 Concurrentie in de zorg .....	7
2.2 Rol NMa .....	10
2.3 Samenwerking NMa en NZa .....	11
3 Mededingingsrechtelijk kader kartelverbod .....	14
3.1 Begrippen .....	14
3.2 Afbakening van de relevante markt .....	18
3.3 Beoordeling .....	23
3.3.1 Overeenkomsten die buiten toepassing van de Mededingingswet vallen .....	25
3.3.2 Overeenkomsten die tot doel hebben om de concurrentie te beperken .....	28
3.3.3 Overeenkomsten die tot gevolg hebben om de concurrentie te beperken .....	28
3.3.4 Uitzondering kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw: groepsvrijstellingen .....	28
3.3.5 Uitzondering kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw: individueel .....	34
3.3.6 Uitzondering kartelverbod: diensten van algemeen economisch belang .....	35
4 Samenwerkingsvormen .....	37
4.1 Afspraken binnen één onderneming .....	38
4.2 Afspraken tussen concurrenten .....	39
4.2.1 Afspraken tussen concurrenten die (bijna) altijd verboden zijn .....	39
4.2.2 Afspraken tussen concurrenten die vaak zijn toegestaan .....	43
4.3 Afspraken tussen niet-concurrenten .....	54
4.4 Rol van de brancheorganisatie .....	60
5 Concentratiecontrole .....	67
5.1 Concentraties .....	67
5.2 Drempels en meldingsplicht .....	69
5.3 Procedure en inhoudelijke toets .....	70
5.3.1 Is er sprake van een significante belemmering van de concurrentie? .....	72
5.3.2 Factoren om een economische machtspositie te bepalen .....	73
5.4 Uitzonderingsgronden .....	76
6 Slotbepalingen .....	78

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 1 Inleiding

### 1.1 Algemeen kader en doelstelling

1. Deze Richtsnoeren voor de zorgsector (hierna: de Richtsnoeren) vormen een herziening van de Richtsnoeren voor de zorgsector die de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) op 14 oktober 2002 heeft gepubliceerd.<sup>1</sup> In de afgelopen jaren heeft een aantal fundamentele ontwikkelingen in de zorg plaatsgevonden door veranderde wet- en regelgeving, jurisprudentie en initiatieven vanuit de zorgsector zelf. Daarnaast heeft ook de praktijk van de NMa zich zodanig verder ontwikkeld, dat een hernieuwde vastlegging daarvan noodzakelijk is. Een en ander heeft ertoe geleid dat de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) heeft besloten om de Richtsnoeren voor de zorgsector te herzien. Deze Richtsnoeren vervangen de Richtsnoeren van 14 oktober 2002. Gelet op het dynamische karakter waardoor de huidige zorgsector wordt gekenmerkt, zullen ook deze Richtsnoeren op termijn mogelijk moeten worden herzien.
2. De laatste jaren is in meer deelsectoren van de zorg al dan niet gereguleerde marktwerking doorgevoerd. Doelstelling van het nieuwe zorgstelsel is dat keuzevrijheid centraal staat waarbij de verzekerde kiest voor de zorgverzekeraar en zorgaanbieder die de zorg levert die het beste aansluit bij zijn wensen. Op deze wijze wordt beoogd dat zorgverzekeraars namens hun verzekerden zo doelmatig mogelijk zorg inkopen bij zorgaanbieders. Daarmee wordt concurrentie uitgelokt tussen zowel zorgverzekeraars als zorgaanbieders onderling. Zorgverzekeraars en zorgaanbieders kunnen met elkaar onderhandelen over onder meer de prijs<sup>2</sup>, kwaliteit en omvang van de te leveren zorg.
3. Markten laten werken. Dat is de missie van de NMa, zulks gebaseerd op de Mededingingswet (hierna: Mw) en een aantal mededingingsbepalingen uit het EG-Verdrag (hierna: EG). Op grond van deze bepalingen zijn bepaalde afspraken tussen ondernemingen bijna altijd verboden, omdat deze afspraken de concurrentie beperken en vrijwel nooit voldoen aan de wettelijke uitzonderingscriteria. Dit zijn 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. Ondernemingen (en bepaalde natuurlijke personen) die betrokken zijn of zijn geweest bij deze afspraken kunnen een algehele boetevrijstelling (immunititeit) of een procentuele boetevermindering krijgen als zij een clementieverzoek indienen bij het clementiebureau van de NMa. De "spelregels" rondom clementie zijn uitgebreid uiteengezet in de Richtsnoeren Clementie.<sup>3</sup>
4. In de praktijk zullen vele vormen van samenwerking per saldo niet in strijd zijn met de mededingingsregels en dus gewoon zijn toegestaan, met name wanneer geen sprake is van

---

<sup>1</sup> Staatscourant 2002, nr. 206, gewijzigd in Staatscourant 2005, nr. 122 en Staatscourant 2006, nr. 44.

<sup>2</sup> Voor zover er geen sprake is van vaste tarieven. Daarvan is in enkele deelsectoren in de zorgsector nog sprake.

<sup>3</sup> Richtsnoeren Clementie met betrekking tot het opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de artikelen 51, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 82 en 89 van de Mededingingswet in kartelzaken, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

marktmacht. Bovendien kan sprake zijn van afspraken tussen ondernemingen, die vanwege hun geringe impact buiten het toepassingsbereik van de Mededingingswet vallen en dus zijn toegestaan. 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. Dergelijke afspraken zijn uitgezonderd van het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw en dus toegestaan. Het betreft samenwerkingsvormen:

- die vallen onder het toepassingsbereik van een (Europese) groepsvrijstelling;
  - die zijn vrijgesteld op basis van de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 6, derde lid, Mw.
5. Bij de aanpassing van de Mededingingswet in 2004<sup>4</sup>, is door de wetgever bepaald dat marktpartijen voortaan geen ontheffing van het kartelverbod meer kunnen vragen, maar in principe zelf moeten beoordelen of hun gedrag in overeenstemming is met de regels van de Mededingingswet. De beoordeling van de rechtstreekse toepasselijkheid van de wettelijke uitzondering van artikel 6, derde lid, Mw vereist een beoordeling door de betrokken ondernemingen zelf. Dit wordt 'self-assessment' genoemd. Met de onderhavige Richtsnoeren wil de Raad marktpartijen een leidraad geven om samenwerkingsvormen en gedragingen te toetsen aan de Mededingingswet. De Richtsnoeren behandelen slechts de meest belangrijke punten van de mededingingsrechtelijke beoordeling. Zij 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. De NMa houdt volgens de systematiek van de Mededingingswet ex post toezicht op afspraken en gedragingen (behoudens het concentratietoezicht, zie hoofdstuk 5). Het systeem van de Mededingingswet komt er in feite op neer dat 'wat niet is verboden, is toegestaan'. Het past niet bij dit systeem c.q. de toezichtsrol van de NMa om ex ante alle voorkomende samenwerkingsvormen te toetsen op verenigbaarheid met de Mededingingswet. Voor de beoordeling van overeenkomsten betekent dit dat steeds een 'case by case' benadering nodig is, waarbij in ieder afzonderlijk geval gekeken moet worden naar de concrete omstandigheden. De onderhavige Richtsnoeren en de besluiten van de NMa bieden daarbij een handvat. Door middel van beschrijvingen en voorbeelden geven de Richtsnoeren inzicht in de criteria die worden gehanteerd bij de handhaving van het kartelverbod in artikel 6, eerste lid, Mw en de uitzondering daarop zoals neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw met betrekking tot voor de zorgsector typische afspraken en gedragingen. Tevens wordt aandacht besteed aan de wijze waarop de NMa concentraties in de zorg beoordeelt. Daarnaast wordt in deze Richtsnoeren nader ingegaan op de samenwerking met de andere markttoezichthouder in de zorg, de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa).
6. De Europese Commissie (hierna: de 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 Commissie opgestelde Richtsnoeren. De belangrijkste Richtsnoeren voor de zorgsector zijn de "Richtsnoeren inzake verticale beperkingen"<sup>5</sup> en de "Richtsnoeren inzake de

---

<sup>4</sup> Wet modernisering EG-mededingingsrecht, Staatsblad 2004, 345 en 346.

<sup>5</sup> Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, Pb. C 291 van 13 oktober 2000, p. 1-44.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten”<sup>6</sup>. Doel van deze EG-Richtsnoeren is het standpunt van de Commissie uiteen te zetten betreffende de materiële toetsingscriteria die op de verschillende soorten overeenkomsten en gedragingen worden toegepast. Daarnaast heeft de Commissie algemene richtsnoeren gepubliceerd met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 81, derde lid, EG.<sup>7</sup>

7. De Richtsnoeren voor de zorgsector zijn een nadere uitwerking van een aantal onderwerpen zoals behandeld in de “Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen” van de NMa<sup>8</sup>. Bovendien is een aantal aanvullende onderwerpen opgenomen die voor de zorgsector specifiek van belang zijn. De Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen bieden marktpartijen een meer algemeen beoordelingskader voor samenwerking.
8. In uitzonderlijke 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 schriftelijke informele zienswijze geven over de interpretatie van artikel 6/24 Mw dan wel artikel 81/82 EG, in gevallen die voldoen aan de volgende cumulatieve 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 verschaft informatie moet voldoende zijn om een informele zienswijze op te kunnen stellen, dus zonder dat er nader feitelijk onderzoek van de NMa nodig is;
4. in de handhavingsprioriteiten van de NMa is ruimte voor het geven van een informele zienswijze in deze specifieke casus.

9. De onderhavige Richtsnoeren laten de eventuele uitleg van de Mededingingswet door de rechter respectievelijk de uitleg van de Europese mededingingsregels door het Gerecht van Eerste Aanleg en door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap onverlet.

## 1.2 Leeswijzer

10. De opbouw van de Richtsnoeren is als volgt. Allereerst wordt in hoofdstuk 2 kort stilgestaan bij een aantal relevante wijzigingen in wet- en regelgeving dat sinds 2002 heeft plaatsgevonden ten behoeve van de introductie van gereguleerde marktwerking in de zorg. Tevens wordt kort stilgestaan bij een aantal relevante marktontwikkelingen die door de NMa worden gesignaleerd. Daarna wordt kort de rol van de NMa uiteengezet en wordt de verhouding met de NZa belicht.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, gepubliceerd in Staatscourant 2005, nr. 67..

<sup>9</sup> 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

11. In hoofdstuk 3 wordt het mededingingsrechtelijk kader met betrekking tot het kartelverbod uit artikel 6 Mw uiteengezet. Hierin komen aan bod de verschillende elementen van artikel 6 Mw. Daarbij komen onder meer aan de orde de verschillende begrippen die in het kader van het kartelverbod gehanteerd worden (paragraaf 3.1), de afbakening van de relevante productmarkt en de relevante geografische markt (paragraaf 3.2) en de wijze van beoordeling van de toepasselijkheid van het kartelverbod (paragraaf 3.3). In het kader van deze beoordeling wordt eerst de drempel voor toepassing van het kartelverbod, de zogenaamde bagatelbepaling, uiteengezet. Vervolgens worden de niet-toegestane overeenkomsten belicht. Vervolgens wordt ingegaan op de uitzonderingen op het kartelverbod die voortvloeien uit de groepsvrijstellingen van de Commissie, welke rechtstreekse doorwerking hebben in het nationale mededingingsrecht (waardoor bepaalde afspraken tussen aanbieders alsnog zijn toegestaan). Hierna wordt de uitzondering op het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw kort toegelicht. 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 de 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.
12. In hoofdstuk 4 worden verschillende samenwerkingsvormen nader uitgewerkt die in de zorg veel voorkomen. Er wordt hierbij onderscheid gemaakt tussen afspraken binnen één onderneming (paragraaf 4.1), afspraken tussen concurrenten, zogenaamde horizontale overeenkomsten (paragraaf 4.2) en afspraken tussen niet-concurrenten, waarbij met name wordt ingegaan op zogenaamde verticale overeenkomsten (paragraaf 4.3). Ten aanzien van afspraken tussen concurrenten worden eerst afspraken behandeld die in beginsel verboden zijn. Vervolgens worden afspraken behandeld die in beginsel zijn toegestaan. Ten slotte wordt aangegeven hoe bepaalde activiteiten van branche- of beroepsverenigingen zich verhouden tot de regels van de Mededingingswet.
13. In hoofdstuk 5 wordt ten slotte kort uiteengezet wat concentratiecontrole betekent voor ondernemingen in de zorg. Hierbij wordt eerst uitgelegd dat de Mededingingswet drie soorten concentraties onderscheidt: fusies, overnames en bepaalde type joint ventures (paragraaf 5.1). Vervolgens wordt uitgelegd welke financiële drempels er gelden voor toepassing van het concentratietoezicht waarboven een meldingsplicht geldt (paragraaf 5.2). 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 (paragraaf 5.3). In paragraaf 5.4 worden de uitzonderingen op een mogelijk verbod tot concentreren weergegeven, te weten eventuele efficiëntieverbeteringen, het reddingsfusieverweer en diensten van algemeen economisch belang.
14. Er zal in deze Richtsnoeren aldus worden stilgestaan bij samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen, met als meest vergaande vorm het voornemen van ondernemingen om te concentreren. Op het verbod op misbruik van een economische machtspositie ex artikel 24 Mededingingswet zal slechts heel kort worden ingegaan, omdat de Europese Commissie ten tijde van de publicatie van deze Richtsnoeren bezig is met een herziening van haar (Europese) beleid ten aanzien van de handhaving van dit verbod. Bovendien heeft de NZa in beginsel voorrang in

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

dergelijke zaken (zie paragraaf 2.3). Voor meer informatie over de toepasselijkheid van artikel 24 Mw kan voorts de algemene brochure van de NMa "Misbruik van een economische machtspositie" worden geraadpleegd.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 2 Zorgsector en de rol van de NMa

### 2.1 Concurrentie in de zorg

15. Om kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de gezondheidszorg ook op de lange termijn te kunnen waarborgen, is en wordt een groot aantal wijzigingen in het zorgstelsel doorgevoerd. 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. De overheid kiest daarbij voor de benadering: marktwerking waar mogelijk, regulering waar nodig.<sup>10</sup>
16. Het nieuwe zorgstelsel is erop ingericht dat de overheid kan optreden als kadersteller en toezichthouder. Marktpartijen krijgen meer vrijheden en verantwoordelijkheden. De consument kan kiezen voor de zorgverzekeraar en zorgaanbieder die het beste aansluiten bij zijn wensen. De zorgverzekeraars kunnen in onderlinge concurrentie tot een optimaal polisaanbod komen. Zorgverzekeraars kunnen met zorgaanbieders onderhandelen over prijs, inhoud 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 zorgaanbieders om hun aanbod goed op de vraag af te stemmen en om kostenbewust te werken. Zorgaanbieders zullen daardoor meer prestatiegericht gaan werken en krijgen meer mogelijkheden om zich van elkaar te onderscheiden.
17. Ten behoeve van de introductie van gereguleerde marktwerking is de wet- en regelgeving in de zorg gewijzigd. Hierna volgt een korte toelichting op enkele wijzigingen die voor deze Richtsnoeren en de mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerkingsverbanden en concentraties relevant zijn. In de toelichting wordt uiteengezet hoe de wetwijzigingen meer concurrentie in de zorg tot stand beogen te brengen.

#### *Relevante wijzigingen in wet- en regelgeving sinds 2002*

18. Op 1 januari 2006 is de Zorgverzekeringswet (Zvw) in werking getreden. Op grond van de Zvw hebben zorgverzekeraars meer mogelijkheden om zich bijvoorbeeld door middel van de prijs of de kwaliteit van de zorg die zij inkopen en de wijze van bejegening te onderscheiden van concurrenten. Door de invoering van de Zvw zijn de verhoudingen op de zorgverzekeringsmarkten, de zorginkoopmarkten en de zorgverleningsmarkten gewijzigd. Deze wijzigingen vertalen zich in bijvoorbeeld nieuwe samenwerkingsverbanden tussen marktpartijen en concentraties.
19. Op 1 oktober 2006 is de Wet marktoordening gezondheidszorg (Wmg) in werking getreden. Het doel van de Wmg is meer concurrentie door te voeren in de zorgsector. Het belang van de consument staat hierbij voorop. De Wmg regelt de prestaties en tarieven van zorgaanbieders. De Wmg regelt ook het toezicht op alle zorgmarkten en op de ontwikkeling van deze markten. In de Wmg staan de taken en bevoegdheden van de NZa.

---

<sup>10</sup> Er zijn deelmarkten waar aanbodregulering en deelmarkten waar een vorm van marktregulering geldt.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

20. Ook in de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) is een aantal wijzigingen doorgevoerd. Zo is de contracteerplicht voor de extramurale zorg vervallen. Voorheen waren zorgkantoren verplicht om met elke toegelaten zorgaanbieder een overeenkomst af te sluiten. Door het opheffen van de contracteerplicht hebben zorgkantoren meer mogelijkheden gekregen om selectief te contracteren en enkel een overeenkomst af te sluiten met de aanbieders die de beste prijs-kwaliteitverhouding bieden. Sinds 1 juli 2007 wordt de intramurale zorg geïndiceerd naar zogenaamde zorgzwaartepakketten (ZZP). Daarnaast zal de wijze van financiering van de intramurale zorg worden aangepast. In het nieuwe systeem van zorgzwaartebekostiging krijgen zorginstellingen een geldbedrag dat is afgestemd op de zorgbehoefte van een cliënt. De ZZP en zorgzwaartebekostiging beogen enerzijds een zorgaanbod dat beter aansluit op de vraag en anderzijds een prestatiegerichte vergoeding. Vooralsnog blijven zorgkantoren verantwoordelijk voor de zorginkoop en zal er worden gewerkt met onderhandelbare maximumprijzen voor een ZZP. Het is op dit moment nog onzeker wat de rol van de zorgkantoren in de toekomst zal zijn.<sup>11</sup>
21. Tevens is op 1 januari 2006 de Wet Toelating Zorginstellingen<sup>12</sup> (WTZi) in werking getreden. Om zorg te mogen leveren die ten laste komt van de Zvw of van de AWBZ, moeten zorginstellingen een toelating hebben. Gaat een zorginstelling bouwen of verbouwen, dan moet bovendien in sommige gevallen een vergunning worden aangevraagd. De WTZi regelt dit. Met de invoering van de WTZi wordt het bouwregime voor de intramurale zorg, waarbinnen zorginstellingen in hun budget een vergoeding krijgen voor hun kapitaallasten, stapsgewijs afgeschaft. Door deze wijziging zal het ondernemersrisico van zorginstellingen worden vergroot.
22. Per 1 januari 2007 is de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) ingevoerd. Gemeenten zijn daarmee verantwoordelijk geworden voor de inkoop van een deel van de thuiszorg dat voorheen onder de AWBZ viel, namelijk de huishoudelijke verzorging. De verwachting was dat de Wmo zou zorgen voor meer concurrentie. Dit effect is ook opgetreden. Gevestigde marktpartijen krijgen te maken met andere inkopers en met toetreders uit andere regio's of andere sectoren zoals schoonmaakbedrijven.
23. De ruimte voor vrije prijsvorming in de ziekenhuissector zal langzaam worden uitgebreid (in 2008 een uitbreiding naar 20% in het zogenaamde 'b-segment').<sup>13</sup> Volgens het regeerakkoord van CDA, PvdA en ChristenUnie en de uitwerking daarvan door VWS zal vanaf 2009 het instrument van maatstafconcurrentie worden gehanteerd voor het niet-vrijgegeven deel van de ziekenhuiszorg dat zich leent voor onderhandelingen over de prijzen voor Diagnose Behandeling Combinaties (hierna:

---

<sup>11</sup> In dit verband kan worden opgemerkt dat de NZa heeft in haar uitvoeringstoets 'overheveling zorgkantoren' aan het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport onder meer heeft voorgesteld om met ingang van 2009 de zorgkantoren op te heffen en in de intramurale AWBZ-zorg maatstafconcurrentie te introduceren.

<sup>12</sup> De WTZi vervangt de Wet Ziekenhuisvoorzieningen, de Tijdelijke Verstrekkingenwet maatschappelijke dienstverlening en de bepalingen over toelating in de Ziekenfondswet en Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten.

<sup>13</sup> Ziekenhuizen en zorgverzekeraars zijn vrij om afspraken te maken over de prijs van behandelingen in het b-segment. In het b-segment zijn onder meer behandelingen met betrekking tot de specialismen urologie (niersteen), heilkunde en dermatologie (spataderen) en oogheelkunde (staar) opgenomen.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

DBC), teneinde een betere prijs-kwaliteitverhouding en efficiënter werken uit te lokken.<sup>14</sup> De NZa heeft in april 2007 een uitvoeringstoets 'op weg naar vrije prijzen' uitgebracht, waarin zij adviseert om per 1 januari 2008 met het systeem van maatstafconcurrentie te starten.<sup>15</sup>

## *Marktontwikkelingen in de zorg*

24. Als gevolg van de gefaseerde introductie van marktwerking zullen zorgaanbieders zich in toenemende mate van elkaar moeten onderscheiden om verzekeraars en verzekerden voor zich te kunnen winnen. Dit kan bijvoorbeeld door concurrentie op de prijs, kwaliteit en productdifferentiatie. Ook schaalvergroting en verschillende vormen van samenwerking spelen hierbij een rol. Hieronder wordt kort stilgestaan bij enkele van de door de NMa in dit verband gesignaleerde marktontwikkelingen en tendensen.
25. In de eerste plaats bestaat er een tendens tot het leveren van ketenzorg door zorgaanbieders. Een zorgketen is een geïnstitutionaliseerd, regionaal of lokaal samenwerkingsverband van instellingen en beroepsbeoefenaren in de zorg, gericht op het faciliteren van samenwerking op uitvoerend niveau. Het doel van de samenwerking is om te komen tot een samenhangend, integraal aanbod voor specifieke patiëntencategorieën. Doordat de verschillende behandelaars van een specifieke patiëntencategorie de zorg die zij leveren inhoudelijk op elkaar afstemmen, kan de kwaliteit van de zorg worden verbeterd. Ketenzorg komt daardoor in beginsel de patiënt ten goede. Voor een behandeling van de mededingingsrechtelijk relevante aspecten van ketenzorg wordt verwezen naar randnummer (hierna: rnr.) 174 e.v.
26. 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 (op elkaar afgestemd) pakket van zorgproducten aan. Wanneer zorgaanbieders voor een full service-benadering kiezen kan dit als positief gevolg hebben dat de keuzemogelijkheden van patiënten zullen toenemen.
27. 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 veel voorkomend voorbeeld hiervan is de zorg die wordt geleverd aan zogenaamde woonzorgcomplexen.
28. Voorts worden er in de zorg steeds meer professionele standaarden ontwikkeld. Het kan daarbij gaan om protocollen voor het leveren van zorg, keurmerken en kwaliteitscertificaten. Dergelijke afspraken kunnen de kwaliteit van de zorg en de transparantie van het aanbod verhogen. Voor een behandeling van de mededingingsrechtelijk relevante aspecten van het hanteren van professionele standaarden wordt verwezen naar rnr. 145 e.v.
29. Tevens vindt er een tendens tot specialisatie plaats ten aanzien van het aanbieden 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 kan onder meer het gevolg zijn van het feit dat de

---

<sup>14</sup> Bij maatstafconcurrentie kan slechts tot een bepaald maximum (prijsp plafond of maatstaf) over de prijs worden onderhandeld. Een maatstaf is de gemiddelde maximale prijs die een instelling in rekening mag brengen voor zijn productie..

<sup>15</sup> Zie [www.nza.nl](http://www.nza.nl).

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) met betrekking tot bepaalde vormen van zorg in verband met veiligheid en kwaliteit eisen stelt ten aanzien van het minimumaantal verrichtingen per jaar. Specialisatie kan echter ook het gevolg zijn van afspraken tussen zorgaanbieders. 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 de patiënt als gevolg van specialisatie (sterk) afnemen. De mededingingsrechtelijke aspecten van specialisatie worden behandeld in rnr. 101 e.v.

## 2.2 Rol NMa

30. Als gevolg van de toegenomen prikkel om te komen tot een optimale prijs-kwaliteitverhouding, een grote vraag naar nieuwe zorgproducten en meer onzekerheden voor marktpartijen, ontstaan in de zorgsector nieuwe vormen van samenwerking tussen bijvoorbeeld zorgaanbieders en/of zorgverzekeraars. Ook is de concentratievorming in de zorgsector toegenomen.
31. Zorgaanbieders en zorgverzekeraars werken in uiteenlopende vormen samen. Samenwerkingsverbanden en concentraties kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het verbeteren van de kwaliteit van de zorg. De NMa staat positief tegenover samenwerking in de zorgsector als ondernemingen daardoor in staat zijn efficiënter te werken, meer te innoveren en beter te concurreren. Het is daarbij vereist dat de voordelen van de samenwerking ten gunste van de eindgebruiker komen.
32. Echter, partijen kunnen - bedoeld of onbedoeld - via afspraken onderling of via ongewenste concentratievorming de marktwerking ook tegenhouden of onmogelijk maken. Het is van belang dat de concurrentie volop de ruimte krijgt zich te ontwikkelen. Immers, een concurrerende omgeving bevordert innovatie en bevordert de concurrentiekracht van onze economie. Dat levert welvaart op waarvan onder andere de consument als eindafnemer profiteert door bijvoorbeeld een betere prijs-kwaliteitverhouding voor producten. Daarom zijn er bepaalde regels waaraan marktpartijen zich moeten houden. Deze regels zijn neergelegd in de Mededingingswet. De NMa bewaakt op grond van de Mededingingswet de concurrentie in de zorg en wel in die deelsectoren waar ruimte voor concurrentie is.

De Mededingingswet is van toepassing op ondernemingen indien en voor zover concurrentie mogelijk is.<sup>16</sup> Ter beoordeling van de vraag of concurrentie mogelijk is in een sector, zijn er drie voorwaarden waaraan (cumulatief) ten minste in enige mate moet zijn voldaan:

1. er bestaat vrijheid voor aanbieders in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm, prijs en/of kwaliteit van het aanbod;
2. er bestaan voor aanbieders prikkels om de 'productie' te verhogen;
3. zorgaanbieders kunnen met behulp van de hiervoor genoemde vrijheden invloed uitoefenen op de vraag naar hun product. Zij zullen hiertoe vooral worden geprikkeld wanneer afnemers (cliënten en verzekeraars) meer mogelijkheden hebben om een zorgaanbieder te kiezen en de inhoud en omvang van de zorgvraag te bepalen.

<sup>16</sup> Zie bijvoorbeeld NMa Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector*, januari 2004, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

In verschillende besluiten heeft de NMa inmiddels geconcludeerd dat er ruimte is (gekomen) voor concurrentie in de zorgsector. Voorbeelden zijn het besluit in de zaak *Vizier- de Wendel*<sup>17</sup> en het besluit in de zaak *Juliana Kinderziekenhuis - Rode Kruis Ziekenhuis - Leyenburg ziekenhuis*<sup>18</sup>. Binnen de zorgsector kan de ruimte voor concurrentie op de verschillende markten verschillen. De NMa houdt daarmee rekening bij toepassing van de Mededingingswet.

## 2.3 Samenwerking NMa en NZa

33. Om de introductie van gereguleerde marktwerking in de zorgsector in goede banen te leiden, is naast de NMa ook een sectorspecifieke toezichthouder ingesteld. Per 1 oktober 2006 is de Nederlandse Zorgautoriteit - de NZa - opgericht. De NZa maakt en bewaakt goed werkende zorgmarkten. De belangen van de consument staan daarbij centraal. De NZa waarborgt efficiëntie op korte en lange termijn, markttransparantie, keuzevrijheid, toegang tot zorg en de kwaliteit van zorg. De maatregelen die de NZa kan nemen, zijn gericht op het op gang brengen en/of stimuleren van concurrentie op zorgmarkten.
34. In de NZa zijn het voormalige College Tarieven gezondheidszorg/Zorgautoriteit i.o. (CTG/ZAio) en het voormalige College toezicht zorgverzekeringen (CTZ) opgegaan. De NZa is een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) en valt onder de verantwoordelijkheid van het Ministerie van VWS.
35. De NZa is ingesteld op basis van de Wmg en op basis van deze wet onder meer belast met:
  - a. Het markttoezicht op de zorgverlenings-, zorgverzekerings- en zorginkoopmarkten. Dit betreft zowel het maken en bewaken, als het reguleren van markten. Het gaat dan bijvoorbeeld om het vaststellen van tarieven en prestaties, het ex ante opleggen van specifieke verplichtingen aan marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht<sup>19</sup> en het bewaken van het begrijpelijk, vergelijkbaar en betrouwbaar beschikbaar maken van informatie.
  - b. Toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Zvw door zorgverzekeraars, onder meer met betrekking tot de zorgplicht, acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie.
  - c. Toezicht op de recht- en doelmatige uitvoering van de AWBZ door zorgverzekeraars, zorgkantoren en het centraal administratiekantoor AWBZ.

<sup>17</sup> Zie besluit van de d-g NMa van 17 juni 2005 in zaak 4245/ *Vizier- de Wendel*. In deze zaak concludeerde de NMa dat de voorgenomen concentratie tussen Stichting Vizier en Stichting De Wendel niet zou leiden tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie op de markt voor intramurale AWBZ-zorg voor verstandelijk gehandicapten in Noord-Limburg.

<sup>18</sup> Zie besluit van de d-g NMa van 28 januari 2004 in zaak 3524/ *Juliana Kinderziekenhuis- Rode Kruis Ziekenhuis- Leyenburg ziekenhuis*. In deze zaak concludeerde de NMa op grond van een onderzoek naar wet- en regelgeving alsmede de praktijk dat er ruimte was voor concurrentie tussen ziekenhuizen. De NMa beoordeelde de voorgenomen concentratie daarom op mededingingsaspecten.

<sup>19</sup> Onder aanmerkelijke marktmacht wordt verstaan de positie van een of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars om alleen dan wel gezamenlijk de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan te kunnen belemmeren door de mogelijkheid zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van zijn concurrenten (ziektekostenverzekeraars indien het zorgaanbieders betreft, zorgaanbieders indien het ziektekostenverzekeraars betreft) of consumenten. Het begrip aanmerkelijke marktmacht is afgeleid van het begrip "economische machtspositie" zoals gedefinieerd in artikel 1 sub i Mw,

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

36. De NMa en de NZa hebben beide eigen taken in het markttoezicht in de zorgsector. Echter, daar waar mogelijk en gewenst werken de NMa en de NZa nauw samen om hun eigen taken effectiever uit te kunnen oefenen. Op basis van artikel 17 Wmg hebben de NMa en de NZa een samenwerkingsprotocol gesloten waarbij de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang of bij overlap van bevoegdheden is uitgewerkt.<sup>20</sup> De NMa en de NZa zullen elkaar met raad en daad bijstaan in de uitvoering van hun taken. In dat kader hebben de NMa en de NZa onder meer de mogelijkheid om onderling informatie uit te wisselen. De samenwerking beoogt op deze wijze ook een vermindering van de administratieve lasten voor marktpartijen. Voorts zullen de NMa en de NZa elkaar over en weer consulteren en bij onbevoegdheid naar elkaar doorverwijzen.

## ***Samenloop bevoegdheden NMa/ NZa: misbruik van machtspositie en aanmerkelijke marktmacht***

37. Artikel 6 en artikel 24 Mw worden gehandhaafd door de NMa. Daarnaast is concentratiecontrole een exclusieve bevoegdheid van de NMa. Ten aanzien van de taken op grond van artikel 6 Mw en concentratiecontrole is er geen overlap van bevoegdheden met de NZa.
38. Samenloop van bevoegdheden kan wel bestaan bij de handhaving door de NMa van artikel 24 Mw. Dit artikel verbiedt misbruik van een economische machtspositie en wordt gehandhaafd door de NMa. De NZa heeft bepaalde bevoegdheden ten aanzien van zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars met 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.<sup>21</sup> 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 samenloop mogelijk is – voorziet artikel 18 Wmg in een voorrangregeling.
39. Hoofddlijn van deze voorrangregeling 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 afspraak kan worden afgeweken indien 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.
40. Hierna is schematisch weergegeven in welk geval welke autoriteit bevoegd is.

## **Bevoegdheidsverdeling NMa en NZa**

Taak	NMa	NZa
Handhaven verbod artikel 6 Mw (kartelverbod)/Samenwerkingsverbanden	Bevoegd om kartels op te sporen en handhavend op te treden	Geen bevoegdheid. NZa kan wel informatie en signalen verstrekken aan de NMa over mogelijke kartels.

<sup>20</sup> Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl). Tussen de directie Concentratiecontrole van de NMa en de NZa zijn werkafspraken gemaakt inzake de behandeling van concentratiezaken, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl). Tevens zijn werkafspraken gemaakt tussen de directie Concurrentietoezicht van de NMa en de NZa, Staatscourant 8 december 2006, nr. 240, p. 20.

<sup>21</sup> Zie ook [www.nza.nl](http://www.nza.nl), beleidsregel Aanmerkelijk Marktmacht in de zorg.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Concentratiecontrole (hoofdstuk 5 Mw)	Bevoegd om concentraties te beoordelen	Geen bevoegdheid. NMa vraagt of NZa een zienswijze wenst af te geven. NZa kan signalen afgeven over concentraties waarop mogelijk de concentratiecontrole van toepassing is.
Toezicht op machtsposities/marktmacht	Handhaven verbod misbruik economische machtspositie (artikel 24 Mw). Repressieve toets van gedrag.	Kan vooraf verplichtingen opleggen aan marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht (artikel 48 Wmg). Preventieve toets van gedrag.

41. Uit het bovenstaande blijkt dat de NMa bevoegd is om het verbod op misbruik van economische machtspositie ex artikel 24 Mw te handhaven. De NMa zal dit verbod derhalve - ook in de zorgsector - handhaven. Echter, op het verbod op misbruik van een economische machtspositie ex artikel 24 Mededingingswet zal niet verder worden ingegaan. De NZa heeft immers in beginsel voorrang in dergelijke zaken, terwijl bovendien de Europese Commissie ten tijde van de publicatie van deze Richtsnoeren bezig is met een herziening van haar (Europese) beleid ten aanzien van de handhaving van dit verbod. Voor meer informatie over de toepasselijkheid van artikel 24 Mw kan de algemene brochure van de NMa "Misbruik van een economische machtspositie" worden geraadpleegd.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 3 Mededingingsrechtelijk kader kartelverbod

42. In hoofdstuk 2 van deze Richtsnoeren is aangegeven dat de Mededingingswet ook van toepassing is in de zorgsector. In dit hoofdstuk wordt het kartelverbod uit artikel 6 Mw nader uiteengezet. Hiertoe zullen de verschillende elementen van artikel 6 Mw nader worden toegelicht. De NMa is tevens verplicht om het Europese kartelverbod, zoals neergelegd in artikel 81, eerste lid, EG, indien van toepassing toe te passen.<sup>23</sup> Bovendien werkt de Europese regelgeving deels rechtstreeks door in de Mededingingswet. Tenzij anders aangegeven ziet dit hoofdstuk op nationale en Europese regelgeving.

### 3.1 Begrippen

#### *Kartelverbod*

43. De NMa is bevoegd samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen te toetsen aan het kartelverbod van artikel 6 Mw. Op grond van dit artikel zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen verboden als zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
44. Hierna worden de verschillende begrippen van het kartelverbod benoemd.

#### *Onderneming*

45. 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.<sup>24</sup> Indien een rechtspersoon niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar handelt volgens instructies die haar al dan niet rechtstreeks door haar 100% moedermaatschappij worden gegeven, vormt zij tezamen met haar moedermaatschappij een economische eenheid en derhalve één *onderneming* in mededingingsrechtelijke zin. Het begrip 'onderneming' in de zin van de Mededingingswet valt derhalve 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. Het leveren van goederen of diensten tegen een vergoeding is in beginsel een economische activiteit.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> De inhoudelijke toets van artikel 81, eerste lid, EG is gelijk aan de inhoudelijke toets van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet. 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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 16 juni 1987, *Commissie t. Italië*, C-118/85, Jur. 1987, p. 2599, r.o. 7.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Zorgaanbieders*

46. 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 zijn aan te merken als ondernemingen voor zover zij activiteiten tegen vergoeding verrichten. Dergelijke activiteiten zijn aan te merken als economische activiteiten. Immers, de ziekenhuizen verrichten diensten: zij bieden verpleegkundige hulp, een medisch-specialistisch dienstenpakket<sup>26</sup> en verpleeghuiszorg aan. Daarnaast doen zij röntgen- en laboratoriumonderzoek ten behoeve van huisartsen, stellen zij bedden ter beschikking, bieden zij voedsel en drank aan et cetera. 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.<sup>27</sup>
47. Niet alleen instellingen maar ook de economische entiteiten van 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 in de zin van artikel 1, sub f, Mw, aangezien zij zelfstandig economische activiteiten van commerciële aard ontplooiën, bestaande uit het aanbieden van huisartsenzorg op duurzame basis.<sup>28</sup> Dit betekent dat de Mededingingswet ook van toepassing is op huisartsen.

## *Zorgverzekeraars/ Zorgkantoren*

48. Zorgverzekeraars zijn eveneens ondernemingen in de zin van de Mededingingswet omdat zij economische activiteiten verrichten.<sup>29</sup> Zij bieden ziektekostenverzekeringen aan en zijn tevens actief op het gebied van inkoop van zorg.<sup>30</sup> Ook artikel 122 Zvw bepaalt dat zorgverzekeraars ondernemingen zijn in de zin van de Mededingingswet.
49. 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. Voorts worden hun activiteiten met betrekking tot de AWBZ uitgevoerd onder toezicht van de overheid. De aanspraken uit de AWBZ liggen vast op grond van de wet en verzekerden zijn automatisch bij een zorgverzekeraar voor de AWBZ-verzekering ingeschreven. Derhalve is geen sprake van een

---

<sup>26</sup> Onder meer omvattende: interne geneeskunde, chirurgie, cardiologie, gynaecologie, oogheelkunde, keel-, neus- en ooraandoeningen, neurologie, anesthesie, en radiodiagnostiek.

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

<sup>28</sup> Zie Besluit van de d-g NMa van 12 april 2001 in zaak 513/ *Landelijke Huisartsenvereniging*, rnr. 71.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Zie Besluit van de Raad van Bestuur NMa van 9 oktober 2006 *VGZ-IZA-Trias/ Univé*.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

economische activiteit maar van een mechanische wetstoepassing.<sup>31</sup> Zorgkantoren kunnen derhalve niet worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Artikel 6 Mw is dan ook niet van toepassing op zorgkantoren.<sup>32</sup> Dit laat echter onverlet dat artikel 6 Mw wel van toepassing is op zorgaanbieders die AWBZ-zorg aanbieden.

50. Naast het feit dat er sprake moet zijn van een onderneming, 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 onderstaand toegelicht.

## *Overeenkomst*

51. 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 overeenkomst schriftelijk is.

## *Onderling afgestemde feitelijke gedraging*

52. Het kartelverbod ziet naast het begrip overeenkomst ook 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 welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking of afstemming.<sup>33</sup> 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 individueel gedrag afstemmen op de uitgewisselde informatie waardoor sprake is van een verboden afstemming.

## *Besluit van een ondernemersvereniging*

53. 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 welbewust te vervangen door feitelijke samenwerking of afstemming. Het is niet van doorslaggevend

---

<sup>31</sup> 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 aankoopt, 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.

<sup>32</sup> De NMa houdt, bijvoorbeeld in haar toezicht op de totstandkoming van concentraties, wel rekening met eventuele afnemersmacht van zorgkantoren ter disciplineren van het ontstaan van een economische machtspositie aan de aanbiederskant.

<sup>33</sup> 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. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 8 juli 1999, *Commissie vs Anic Participazioni SpA*, 49/92, Jur. 1999, p. 4125.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

belang hoe men zelf een bepaalde afspraak juridisch karakteriseert.<sup>34</sup> 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 kenbaar is.<sup>35</sup> Ook een vrijblijvende aanbeveling kan dus een besluit van een ondernemersvereniging zijn.<sup>36</sup> Om onder het begrip besluit van een ondernemersvereniging te vallen, is een formeel besluit niet noodzakelijk. Het gaat er slechts om of de ondernemersverenigingen of de aangesloten ondernemingen handelingen verrichten die ertoe strekken om de in het kartelverbod bedoelde gevolgen teweeg te brengen.<sup>37</sup> Zo kan bijvoorbeeld een vestigingsbeleid of calculatieschema onder het kartelverbod vallen, zie hierna en rnr. 190 e.v.

54. Zo constateert de NMa in gevoegde zaken 1131, 1151 en 1250/ *Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen*, dat het vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen een besluit is van een ondernemersvereniging. Immers, het vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen is opgesteld door het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP) en ingevolge artikel 9, derde lid van de statuten van het NIP bindend voor haar leden. Het besluit valt daarmee onder het bereik van het kartelverbod.
55. De wil van de vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren, dient uit de concrete omstandigheden van het geval te worden afgeleid. In ieder geval is hiervoor vereist dat de adviezen aan de leden worden gecommuniceerd, althans de adviezen bij de leden kenbaar zijn gemaakt of bekend zijn.<sup>38</sup> Om aan te kunnen nemen dat sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging is het niet van belang in hoeverre de adviezen zijn opgevolgd. Ook is niet vereist dat de leden bij het opvolgen van adviezen worden gecontroleerd of daartoe worden aangezet met behulp van een sanctiemechanisme.<sup>39</sup> Evenmin is vereist dat de ondernemersvereniging bevoegd is krachtens haar statuten een dergelijk besluit te nemen.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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; 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; 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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 15 mei 1975, *Frubo t. Commissie*, 71/74, Jur. 1975, p. 563, r.o. 30; 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 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.

<sup>38</sup> Rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006, *NIP/NVVP/LVE*, MEDED 05/2213.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 31.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

56. 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 korthedshalve worden aangeduid als “overeenkomst”.

## 3.2 *Afbakening van de relevante markt*

57. In het mededingingsrecht speelt de afbakening van de relevante markt dikwijls een belangrijke rol. De relevante markt omvat alle producten en diensten ten aanzien waarvan de aanbieders en producenten concurrentiedruk op elkaar uitoefenen. Het afbakenen van de markt kan van belang zijn om de positie van de betrokken ondernemingen te kunnen bepalen teneinde een mededingingsrechtelijke analyse te kunnen maken. Marktaandelen kunnen behulpzaam zijn om bijvoorbeeld de impact van een gedraging op de concurrentieverhoudingen op die markt te beoordelen. Overigens is niet altijd een exacte afbakening van de relevante markt noodzakelijk.<sup>41</sup> Wel zal – zoals steeds geldt – een onderzoek naar de omstandigheden moeten plaatsvinden.
58. De relevante markt heeft twee dimensies, te weten: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. Hierna wordt nader ingegaan op beide dimensies. Tevens 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, sprake van markten die in beweging zijn.
59. 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 Gemeenschappen een handvat bieden bij de afbakening van de relevante markt in een concreet geval. De Europese Commissie heeft in een Bekendmaking aangegeven op welke wijze zij de begrippen relevante productmarkt en relevante geografische markt toepast bij haar toezicht op de naleving van het mededingingsrecht.<sup>42</sup> Deze Bekendmaking is ook voor de NMa een belangrijke leidraad.

### *Relevante productmarkt*

60. 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.<sup>43</sup> Het gaat derhalve 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 gevoeligheid van de afnemer van het product voor prijsveranderingen te bepalen. Indien afnemers ondanks een (grote) prijsstijging van product A niet voor product B kiezen, kan dit

---

<sup>41</sup> Zie 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.

<sup>42</sup> Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 1997 C372, p. 5.

<sup>43</sup> Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 1997 C372, p. 5, rnr. 7.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

betekenen dat product A en B niet met elkaar concurreren en dus niet tot dezelfde productmarkt behoren.

61. 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 tevens 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. Indien een zorgaanbieder die nu alleen product A levert gemakkelijk ook product B zou kunnen leveren, oefent deze zorgaanbieder een zekere 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 te lopen. De vakterm hiervoor is "aanbodsubstitutie".

## *Relevante geografische markt*

62. Naast de relevante productmarkt moet ook de relevante geografische markt worden afgebakend. 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.<sup>44</sup> Het gaat derhalve om het geografische gebied waarop de betreffende ondernemingen actief zijn en waarop met andere ondernemingen wordt geconcurrereerd. 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 beginsel geen concurrenten van elkaar.
63. 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.<sup>45</sup> De reisbereid 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.
64. Ook met betrekking tot de afbakening van de relevante geografische markt kan aanbodsubstitutie 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

---

<sup>44</sup> Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 1997 C372, p. 5, rnr. 8.

<sup>45</sup> 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

de naburige regio en kunnen de relevante geografische markten mogelijk ruimer zijn dan dat vanuit de vraagzijde (de patiënt) het geval is.

65. Hierna wordt nader ingegaan op verschillende type mogelijke markten die in de zorgsector worden onderscheiden.

## *Zorgverzekeringsmarkt*

66. Op de zorgverzekeringsmarkt sluit de consument een verzekering af met de 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*<sup>46</sup> 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.
67. In zaak 5105/*VGZ-IZA-Trias*<sup>47</sup> 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'.<sup>48</sup> Het regionaal mechanisme houdt in dat zorgverzekeraars met van oudsher sterke regionale posities beter in staat zijn - dan andere, in die regio kleinere, verzekeraars dan wel verzekeraars die in die regio nog niet actief zijn - 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. Hierdoor zou in die provincie concurrentiedruk kunnen wegvallen.
68. De invoering van de Zvw per 1 januari 2006 heeft geleid tot een aantal, voor de geografische marktafbakening relevante ontwikkelingen. Zo is wettelijk vastgesteld dat het werkgebied van zorgverzekeraars met meer dan 850.000 verzekerden Nederland is.<sup>49</sup> Een groot aantal verzekerden is daarnaast overgestapt of heeft zich aangesloten bij een collectiviteit. Als gevolg van deze ontwikkelingen is in zaak 5682/*Delta Lloyd-Agis-Menzis* de conclusie getrokken dat er sprake is van een duidelijke tendens naar een landelijke markt voor zorgverzekeringen.<sup>50</sup> Het valt echter niet uit te sluiten dat in bepaalde provincies structureel van de landelijke markt afwijkende concurrentieverhoudingen kunnen voorkomen, waardoor in die gevallen toch sprake zou kunnen zijn van kleinere geografische markten.

---

<sup>46</sup> Zie het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 10 oktober 2006 in zaak 5682/*Delta Lloyd-Agis-Menzis*, rnr. 18 tot en met 32.

<sup>47</sup> Zie het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 23 november 2005 in zaak 5105/*VGZ-IZA-Trias*, rnr. 39.

<sup>48</sup> Eveneens verwoord in NMa, *Monitor Financiële Sector 2005*, hoofdstuk 5: De geografische dimensie van de zorgverzekeringsmarkt.

<sup>49</sup> Artikel 29 Zorgverzekeringswet.

<sup>50</sup> Zie het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 10 oktober 2006 in zaak 5682/*Delta Lloyd-Agis-Menzis*, rnr. 45.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Zorginkoopmarkt*

69. Op de zorginkoopmarkt onderhandelt de zorgverzekeraar, en in sommige gevallen de patiënt,<sup>51</sup> met de zorgaanbieder over de in te kopen zorg ten behoeve van zijn verzekerden (of zichzelf), het volume en de tarieven. Op de zorginkoopmarkt vinden ook onderhandelingen plaats tussen zorgaanbieders onderling.
70. 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.<sup>52</sup> Per concreet geval waarbij sprake is van een zorginkoopmarkt, dient te worden beoordeeld of kan worden uitgegaan van één inkoopmarkt, of dat een nadere onderverdeling noodzakelijk is.
71. 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 zorgplicht<sup>53</sup> 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. Immers, niet goed voorstelbaar is dat een patiënt uit Noord-Groningen voor zijn zorgvraag gebruik zal maken van een huisarts in Noord-Holland.

## *Zorgverleningsmarkt*

72. Zorg wordt door de zorgaanbieder verleend 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.
73. 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.<sup>54</sup> De relevante geografische markt voor deze farmaceutische hulpverlening is afgebakend als een lokale markt, te weten de gemeente waar de betrokken apotheken gevestigd waren.<sup>55</sup> Reden hiervoor was dat het overgrote deel van de bij de apotheken ingeschreven patiënten afkomstig was uit de vestigingsplaats.

---

<sup>51</sup> Het betreft hier de situatie waarin de patiënt zorg inkoopt door middel van een persoonsgebonden budget.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 7 juli 2005 in zaak 5052/ CZ – OZ, rnr. 47 en 48.

<sup>53</sup> Zie artikel 11 Zvw.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

74. Zoals hierboven aangegeven zijn bij de afbakening van de relevante productmarkt zowel de vraagsubstitutie als de aanbods substitutie van belang. De vraagsubstitutie van geneesmiddelen zal met name afhangen van het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, met andere woorden van de therapeutische werking van de geneesmiddelen. De Europese Commissie heeft zich verschillende keren uitgelaten over de productmarkt(en) op het gebied van geneesmiddelen. Zij verwijst hierbij naar de indeling van geneesmiddelen in therapeutische klassen volgens de "Anatomical Therapeutic Classification" die door de Wereldgezondheidsorganisatie is erkend en wordt toegepast.<sup>56</sup> Vanuit de vraagzijde bezien kan worden aangesloten bij de therapeutische werking van de geneesmiddelen. Een geneesmiddel met een andere therapeutische werking kan immers niet als vervangingsproduct functioneren.<sup>57</sup>
75. Een ander voorbeeld kan worden gevonden in de zorg voor verstandelijk gehandicapten, ten aanzien waarvan de NMa in zaak 4245/ *Vizier – De Wendel* heeft aangegeven dat er een nader onderscheid moet worden gemaakt naar intramurale en extramurale zorg voor verstandelijk gehandicapten en waarbij nader onderzocht is of bijzondere klinieken zoals speciale crisiscentra of kindercentra met bijzondere extra functies tot dezelfde productmarkt behoren.<sup>58</sup> In het besluit in zaak 5632/ *GGZ Noord-Holland-Noord – GGZ Dijk en Duin*<sup>59</sup> is door de NMa in een andere deelsector van de zorg 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.
76. Zorgaanbieders die actief zijn in de algemene ziekenhuiszorg kunnen actief zijn op een afzonderlijke productmarkt voor klinische zorg of op de productmarkt voor niet-klinische zorg.<sup>60</sup> De NMa heeft voortsnog in het midden gelaten of een nader onderscheid moet worden gemaakt naar specialismen. Daarbij zouden de ontwikkelingen ten aanzien van DBC's een rol kunnen spelen. De NMa houdt deze ontwikkelingen in de gaten.
77. Met betrekking tot zorgverlening op grond van de AWBZ heeft de NMa geoordeeld dat een onderscheid moet worden gemaakt naar extramurale en intramurale AWBZ-zorg<sup>61</sup> en dat binnen extramurale AWBZ-zorg de huishoudelijke verzorging enerzijds en persoonlijke verzorging en verpleging anderzijds afzonderlijke productmarkten vormen.<sup>62</sup> Met ingang van 2007 is de huishoudelijke verzorging overgeheveld naar de Wmo.

---

<sup>56</sup> Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 18 april 1994 in zaak IV/M.426, *Rhone-Poulenc/Cooper*; beschikking van de Commissie van 26 februari 1999 in zaak IV/M.1403, *Astra/Zeneca*; en de beschikking van de Commissie van 8 mei 2000 in zaak IV/M.1846, *Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham*.

<sup>57</sup> Zie ook het besluit van de d-g NMa van 9 juli 2002 in zaak 1994/ *Astra Zeneca*, rnr. 66 tot en met 68.

<sup>58</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 7 maart 2005 in zaak 4245/ *Vizier – De Wendel*, rnr. 17 e.v.

<sup>59</sup> Besluit van de Raad van Bestuur van 2 november 2006 in zaak 5632/ *GGZ Noord-Holland-Noord – GGZ Dijk en Duin*, rnr. 39.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 31 december 2004 in zaak 4295/ *Stichting Icare – Sensire – Thuiszorg Groningen*, rnr. 13

<sup>62</sup> 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

78. In diverse besluiten op het gebied van de AWBZ is 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.<sup>63</sup> Onderzoek vindt plaats naar onder meer de herkomst van cliënten en de voorkeuren van cliënten om dichtbij huis zorg te verkrijgen.<sup>64</sup> Voorts wordt onderzocht in hoeverre aanbieders in andere gebieden dan hun eigen werkgebied actief kunnen worden. Dergelijke overwegingen spelen mede een rol bij de vaststelling van de relevante geografische markt voor 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 aldus of er voldoende keuzemogelijkheden overblijven.<sup>65</sup>
79. 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, waarbij kan worden gedacht aan de mogelijke afschaffing van de zorgkantoren. In iedere zaak zal de NMa derhalve toetsen of de ontwikkelingen in deze sector leiden tot een andere marktafbakening.

## 3.3 Beoordeling

80. Niet alle overeenkomsten tussen (concurrerende) ondernemingen vallen onder het kartelverbod. Ten eerste zijn er overeenkomsten die niet onder het kartelverbod vallen, omdat zij de mededinging niet beperken (met andere woorden niet elke overeengekomen beperking of wijze van handelen is aan te merken als een beperking van de mededinging). Ten tweede vallen bepaalde overeenkomsten buiten het toepassingsbereik van artikel 6 Mw. Het gaat dan onder andere om overeenkomsten tussen een beperkt aantal ondernemingen met een gezamenlijke omzet die niet boven een wettelijk vastgesteld bedrag uitkomt. In rnr. 85-90 wordt nader ingegaan op deze bagatel. Ten derde kunnen overeenkomsten tussen ondernemingen niet merkbaar mededingingsbeperkend zijn en om die reden niet onder het kartelverbod vallen.
81. Op grond van artikel 6 Mw zijn overeenkomsten die ertoe strekken (tot doel hebben) of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden. Of een overeenkomst tot doel of ten gevolge heeft de mededinging te beperken, beoordeelt de NMa in de economische context waarin zij toepassing heeft. 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.<sup>66</sup> Bij sommige overeenkomsten is evident sprake van

---

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit de d-g NMa van 7 maart 2005 in zaak 4245/ *Vizier – De Wendel*, rnr. 58 e.v.

<sup>65</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa in zaak 5196/ *Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, rnr. 15 e.v.

<sup>66</sup> Zie uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 28 oktober 2005, *Modint vs NMa*, r.o. 7.2.2; zie ook het arrest van het Hof van Justitie van 30 juni 1966, *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH*, 56/65, Jur. 1960, p. 337.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

een mededingingsbeperkend doel, zoals prijsafspraken, marktverdelingsafspraken, aanbestedingsafspraken en collectieve boycot. Dit soort beperkingen wordt geacht zeer nadelig te zijn voor de concurrentie en komt daarom ook bijna nooit voor een vrijstelling in aanmerking (zie ook paragraaf 3.3.2). Bij andere overeenkomsten is dat minder eenduidig en zal meer onderzoek nodig zijn.

82. Sommige overeenkomsten die merkbare mededingingsbeperkende gevolgen hebben, kunnen per saldo ook gunstig zijn voor de economie. In het Europese recht geldt voor bepaalde groepen van overeenkomsten onder een bepaald marktaandeel een uitzondering op het kartelverbod. Deze uitzonderingen die zijn neergelegd in groepsvrijstellingen hebben rechtstreekse werking in het nationale recht. Overeenkomsten die voldoen aan de voor de uitzondering vastgestelde criteria, zijn toegestaan. In paragraaf 3.3.4 worden de groepsvrijstellingen verder behandeld. Ten tweede kan rechtstreeks zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.<sup>67</sup> 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. Ondernemingen die zich op deze uitzondering beroepen, dienen op grond van artikel 6, vierde lid, Mw aan te tonen dat aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Als aan alle criteria is voldaan, is de overeenkomst alsnog niet verboden. Ten slotte kan op grond van artikel 11 Mw nog sprake zijn van een uitzondering op het kartelverbod in verband met het feit dat één van de betrokken ondernemingen belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Artikel 6, eerste lid, Mw is dan alleen van toepassing voor zover de toepassing van dat artikel de vervulling van deze bijzondere taak niet verhindert.

83. Bovenstaande kan schematisch als volgt worden weergegeven.

Kartelverbod niet van toepassing			Kartelverbod wel van toepassing, uitzondering bijna nooit van toepassing	Kartelverbod van toepassing, uitzondering mogelijk van toepassing (artikel 6 lid 3 Mw en artikel 11 Mw)
Geen mededingingsbeperking  (Zie bijvoorbeeld paragraaf 4.2.2)	Art. 7 Mw Bagatel  (Paragraaf 3.3.1)	Gedraging niet merkbaar  (Paragraaf 3.3.1)	Doelbeperkingen: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Prijsafspraken</li> <li>• Marktverdeling</li> <li>• Aanbestedingsafspraken</li> <li>• Collectieve boycot</li> </ul> (Paragraaf 3.3.2)	Artikel 6 lid 3 Mw <ul style="list-style-type: none"> <li>• Groepsvrijstelling Verticalen</li> <li>• Groepsvrijstelling Specialisatieovereenkomsten</li> <li>• Groepsvrijstelling Onderzoek &amp; Ontwikkeling</li> <li>• Individueel</li> </ul> Artikel 11 Mw <ul style="list-style-type: none"> <li>• Diensten van algemeen economisch belang</li> </ul> (Paragraaf 3.3.4-3.3.6)

<sup>67</sup> En eventueel in geval van interstatelijk effect ook aan artikel 81, derde lid, EG.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

84. Hierna worden de verschillende beoordelingsstappen achtereenvolgens behandeld.

## 3.3.1 Overeenkomsten die buiten toepassing van de Mededingingswet vallen

### *Bagatelbepaling*

85. In artikel 7 Mw, de zogenaamde 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 weliswaar een effect op de mededinging kunnen hebben, maar dat het effect zo gering zal zijn dat zij van de werking van de wet zijn uitgezonderd<sup>68</sup>.
86. 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.
87. 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 is groter dan 5% 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) daarop is ten opzichte van de andere ondernemingen op die markt.
88. Wanneer het kartelverbod op grond van het eerste lid van artikel 7 Mw niet geldt, is een toets aan artikel 7, tweede lid, Mw niet meer nodig.
89. Bij de verkoop van goederen kan gedacht worden aan de verkoop van geneesmiddelen door een apotheek. De therapeutische behandelingen die een fysiotherapeut verleent, zijn een voorbeeld van een dienst.
90. Bij de berekening van de omzet voor de bagatelbepaling van artikel 7, eerste lid, Mw wordt uitgegaan van de netto-omzet van een onderneming.<sup>69</sup> Van belang is dat de totale netto-omzet van de onderneming meetelt, niet slechts omzet die gemoeid is met de te beoordelen overeenkomst. Indien een onderneming behoort tot een groep, worden de omzetten van alle tot die groep behorende

---

<sup>68</sup> Indien een overeenkomst die onder de drempel van artikel 7 Mededingingswet 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 Mededingingswet).

<sup>69</sup> De jaaronzet: de netto-omzet van de overtreder, zijnde de opbrengst uit de verkoop van goederen en/of de levering van diensten uit het bedrijf van de overtreder, 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

ondernemingen opgeteld.<sup>70</sup> In de zorg werken instellingen veelal op basis van een toegekend budget. Het berekenen van de omzeldrempels gebeurt dan in beginsel aan de hand van dit budget.

## *Voorbeeld 1:*

Apotheek A heeft een jaarlijkse omzet van EUR 2.000.000. Apotheek B heeft een jaarlijkse omzet van EUR 1.800.000. B machtigt A om in zijn naam met de zorgverzekeraars over de honorering en het takenpakket te onderhandelen. Valt de overeenkomst tussen A en B onder de bagatelbepaling?

## Antwoord:

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

## *Voorbeeld 2:*

Een huisarts, een diëtiste, een podotherapeut en een verpleegkundige spreken af om gezamenlijk diabeteszorg te verlenen. Zij vormen daartoe een keten en maken onder meer afspraken over kortingen. De huisarts heeft een omzet van EUR 600.000, de diëtiste een jaaromzet van EUR 200.000, de podotherapeut heeft een omzet van EUR 100.000 en de verpleegkundige van EUR 30.000. Wat is de omzet die moet worden meegenomen voor de beoordeling of de overeenkomst onder de bagatelbepaling valt?

## Antwoord:

De omzet van de keten is de optelsom van de totale netto-omzetten van alle bij de keten aangesloten zorgaanbieders. In dit geval zijn er niet uitsluitend ondernemingen betrokken wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen (de podotherapeut zal bijvoorbeeld hoofdzakelijk diensten leveren), zodat de in artikel 7, eerste lid, sub b onder 2 opgenomen drempel van EUR 1.100.000 geldt. In het onderhavige geval komt de omzet van de keten (te weten EUR 930.000) niet uit boven de drempel van de bagatelbepaling en hoeft de samenwerkingsovereenkomst niet aan artikel 6 Mw getoetst te worden. Er hoeft in dat geval niet te worden gekeken of de afspraak tussen de huisarts, de diëtiste, de podotherapeut en de verpleegkundige mogelijk mededingingsbeperkend zou kunnen zijn.

---

<sup>70</sup> Zie ook Mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet in de zin van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C66 van 2 maart 1998, p. 25.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Voorbeeld 3*

In de keten uit voorbeeld 2 is ook een apotheker opgenomen. De activiteiten van apotheken bestaan met name uit het leveren van geneesmiddelen en hulpmiddelen. De apotheker heeft een omzet van EUR 1.600.000. Wat is de omzet die nu moet worden meegenomen voor de beoordeling of de overeenkomst onder de bagatelbepaling valt?

Antwoord:

De apotheker levert goederen. Er is evenwel sprake van een overeenkomst tussen ondernemingen die zowel goederen als diensten leveren (de huisarts en podotherapeut). In dit geval geldt de drempel voor het leveren van diensten. Net als in voorbeeld 2 is de omzet van de keten de optelsom van de netto-omzetten van alle bij de keten aangesloten ondernemingen. Dat betekent dat het kartelverbod niet geldt indien de gezamenlijke omzet van de in de keten verenigde ondernemingen niet hoger is dan EUR 1.100.000. In dit voorbeeld komt de omzet van de keten boven de drempel van de bagatelbepaling van artikel 7, eerste lid, Mw. Aangezien het niet gaat om een afspraak tussen (potentiële) concurrenten, is de extra bagatelbepaling van artikel 7, tweede lid, Mw niet van toepassing. Daarom moet concreet getoetst worden of de afspraak tussen de huisarts, de diëtiste, de podotherapeut en de verpleegkundige mogelijk mededingingsbeperkend zou kunnen zijn in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

## ***Merkbareheid***

91. Voor de toepassing van het kartelverbod moet sprake zijn van een merkbare mededingingsbeperking. Het is mogelijk dat een mededingingsbeperking die verder gaat dan de genoemde bagatellgrenzen van artikel 7 Mw, toch niet leidt tot een 'merkbare' beperking van de concurrentie en om die reden alsnog buiten de reikwijdte van het kartelverbod van artikel 6 Mw valt.
92. In rnr. 81 is reeds uiteengezet dat in het kader van artikel 6 Mw een onderscheid wordt gemaakt tussen overeenkomsten die tot doel hebben ("ertoe strekken") de mededinging te beperken en overeenkomsten die beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Overeenkomsten die *tot doel* hebben de mededinging te beperken worden in het algemeen geacht (zeer) nadelig te zijn voor de concurrentie. Dergelijke overeenkomsten zullen de mededinging al snel in meer dan geringe mate beïnvloeden. In het geval van overeenkomsten die *tot gevolg* hebben dat de mededinging wordt beperkt, wordt een meer uitgebreid onderzoek naar de merkbareheid van deze overeenkomsten uitgevoerd.
93. De positie van de betrokken ondernemingen op de markt is hierbij van belang, omdat afspraken met name dan schadelijk zijn voor de concurrentie indien partijen over een zekere mate van macht beschikken.<sup>71</sup> Een belangrijke indicator voor de mate van macht is het marktaandeel van de betreffende ondernemingen. Andere factoren zijn bijvoorbeeld de positie van concurrenten, toetredingsdrempels, de onderhandelingsmacht van de afnemers, technologische voorsprong, capaciteit, toegang tot grondstoffen, merkbekendheid en financiële middelen. De NMa toetst de merkbareheid van een overeenkomst in het licht van de economische en juridische context waarin de overeenkomst toepassing vindt.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Zie ook het Visiedocument Inkoopmacht van de NMa.

<sup>72</sup> Zie uitspraak College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 7 december 2005, *Secon Group BV en G-Star International BV vs NMa*, r.o. 6.5.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 3.3.2 Overeenkomsten die tot doel hebben om de concurrentie te beperken

94. Sommige overeenkomsten *hebben tot doel* de concurrentie te beperken (oftewel zijn naar strekking mededingingsbeperkend). Deze overeenkomsten vallen daardoor in principe altijd<sup>73</sup> onder artikel 6 Mw en zijn (in beginsel) verboden. Een overeenkomst heeft het doel de mededinging te beperken als deze direct invloed heeft op bijzonder belangrijke concurrentiefactoren, zoals de prijs en de hoeveelheid van het aanbod. Immers, als ondernemingen bijvoorbeeld afspraken maken over het aanhouden van verschillende geografische markten per aanbieder, dan heeft dit in beginsel als direct gevolg dat de concurrentie wordt beperkt. In een dergelijk geval kan men er nagenoeg altijd van uitgaan dat de overeenkomst de mededinging merkbaar beperkt. Dergelijke beperkingen komen nagenoeg nooit in aanmerking voor een vrijstelling op grond van artikel 6, derde lid, Mw. Volgens de jurisprudentie dienen dergelijke afspraken echter wel in hun juridische en economische context beoordeeld te worden. Bij hoge uitzondering kan het voorkomen dat bijvoorbeeld een prijsafpraak tussen ondernemingen geen strijd oplevert met het mededingingsrecht, omdat de afspraak een verwaarloosbaar effect heeft.
95. Afspraken die tot doel hebben de concurrentie te beperken zijn met name de volgende:
- Prijsafspraken. Hieronder vallen ook afspraken over de hoogte van kortingen en toeslagen.
  - Marktverdelingsafspraken. Hieronder vallen afspraken over de hoeveelheid te leveren of te produceren producten of diensten, afspraken over vestiging, de geografische verdeling van markten en de verdeling van klanten.
  - Aanbestedingsafspraken ('bidrigging').
  - Gemeenschappelijke leveringsweigering (collectieve boycot).

## 3.3.3 Overeenkomsten die tot gevolg hebben om de concurrentie te beperken

96. Ook overeenkomsten die niet tot doel hebben om de mededinging te beperken kunnen in strijd zijn met het kartelverbod. Dit is het geval als een overeenkomst tot gevolg heeft om de mededinging te beperken. Om vast te kunnen stellen dat een overeenkomst dit gevolg heeft, zal doorgaans meer onderzoek nodig zijn dan in het geval van een doelbeperking. Overeenkomsten die tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt dienen in hun juridische en economische context beoordeeld te worden.

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

97. Zoals reeds in rnr. 82 is aangegeven, kunnen sommige mededingingsbeperkende overeenkomsten ook gunstig zijn voor de economie. 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.

---

<sup>73</sup> Behalve indien de ondernemingen onder de bagatelbepaling van artikel 7 Mededingingswet vallen.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

Daarom bestaan er in het Europese recht voor bepaalde groepen van overeenkomsten onder een bepaald marktaandeel specifieke uitzonderingen op het kartelverbod. 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.

98. De uitzonderingen zijn neergelegd in zogenoemde groepsvrijstellingen. De Europese groepsvrijstellingen zijn een invulling van artikel 81, derde lid, EG en werken op grond van artikel 12 Mw rechtstreeks door in het Nederlandse mededingingsrecht. Dit betekent dat een overeenkomst die aan de criteria van een groepsvrijstelling voldoet, niet onder de reikwijdte van het kartelverbod valt. Een verzoek hiertoe of aanmelding van de overeenkomst is niet nodig. Samenwerkende ondernemingen dienen zelf te beoordelen of hun overeenkomst onder een groepsvrijstelling valt. Het is van belang om hierbij goed te kijken of aan de strikte voorwaarden voor toepassing van de betreffende groepsvrijstelling wordt voldaan. Belangrijke voorwaarde voor toepassing van een groepsvrijstelling is dat de overeenkomst geen van de in rnr. 94-95 genoemde beperkingen bevat. Indien dit wel het geval is, vervalt het voordeel van de groepsvrijstelling voor de gehele overeenkomst. Alle groepsvrijstellingen kennen specifieke criteria, waarbij dikwijls onder meer de duur van een afspraak van belang is. Voor de specifieke criteria wordt verwezen naar de betreffende groepsvrijstellingen.
99. De ondernemingen die voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van de groepsvrijstelling mogen samenwerken, omdat aangenomen wordt dat voldaan wordt aan de voorwaarden van artikel 81, derde lid, EG (en dus ook aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw). Wanneer een overeenkomst niet voldoet aan de voorwaarden voor toepassing van een groepsvrijstelling hoeft overigens 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 derhalve dat indien aan de voorwaarden voor toepassing van 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 zogenaamde veilige haven).<sup>74</sup>
100. De groepsvrijstellingen zijn ook voor de Nederlandse zorgsector van belang. De groepsvrijstellingen die met name van belang zijn voor de zorgsector betreffen de groepsvrijstellingen voor specialisatieovereenkomsten<sup>75</sup>, onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten<sup>76</sup> en voor verticale overeenkomsten.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Zie in dit verband ook artikel 6, vierde lid, Mededingingswet, waarin wordt aangegeven dat de onderneming die zich op beroept op de uitzondering van artikel 6, lid 3, Mededingingswet zal moeten kunnen aantonen dat aan de voorwaarden is voldaan.

<sup>75</sup> Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 5.

<sup>76</sup> Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7.

<sup>77</sup> Verordening nr. 2790/2999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Specialisatieovereenkomsten*

101. De Europese groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten<sup>78</sup> heeft betrekking op concurrerende ondernemingen die afspreken om bepaalde goederen of diensten gezamenlijk te vervaardigen. Een specialisatieovereenkomst is een vorm van horizontale samenwerking, dat wil zeggen dat het gaat om afspraken tussen ondernemingen die werkzaam zijn op hetzelfde niveau of dezelfde niveaus van een markt, bijvoorbeeld tussen ziekenhuizen of tussen huisartsen onderling.<sup>79</sup> Verschillende vormen van specialisatie 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 onderneming van de vervaardiging van een bepaald product of de verrichting van een bepaalde dienst afziet en dit aan een andere onderneming 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). 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 toeleggen, 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.
102. De groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten ziet op samenwerkingsverbanden die veelal grote investeringen vragen en waarbij samenwerking een duidelijke technische of economische verbetering oplevert. Er moet een duidelijk kwalitatieve meerwaarde zijn voor de gebruiker (bijvoorbeeld de patiënt) dus niet zozeer voor de deelnemende ondernemingen, die niet op een andere manier bereikt kan worden dan door specialisatie.
103. Om voor een vrijstelling van het kartelverbod op grond van deze groepsvrijstelling in aanmerking te komen, moet worden voldaan aan een aantal stringente voorwaarden. In de eerste plaats geldt de vrijstelling niet voor overeenkomsten die prijsafspraken of bepaalde afspraken over marktverdeling bevatten. Verder mag het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen niet hoger zijn dan 20%. Deze marktaandeelgrens moet garanderen dat er restconcurrentie overblijft en er derhalve een prikkel aanwezig is om de gerealiseerde voordelen aan de afnemers door te geven. 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, dienen specialisatieovereenkomsten in leverings- en afnameverplichtingen ten aanzien van de onderdelen waarop wordt gespecialiseerd te voorzien. Op deze wijze wordt gegarandeerd dat de specialiserende onderneming(en) de (lager in de productieketen gelegen) markten niet verlaten.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 5.

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 4, ov. 12.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

104. In de praktijk blijkt dat de meeste samenwerkingsverbanden in de zorg niet voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van 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 de specialiserende onderneming(en) zich terugtrekken van de (lager in de productieketen gelegen) 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.
105. Bij de beoordeling of een overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt, kunnen naast onderhavige Richtsnoeren tevens de "Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten"<sup>81</sup> van de Commissie geraadpleegd worden. Indien een afspraak niet voldoet aan de voorwaarden voor toepassing van de groepsvrijstelling, bijvoorbeeld omdat het gezamenlijke marktaandeel van partijen meer dan 20% bedraagt, betekent dit niet direct dat er sprake is van strijd met het kartelverbod. Het is immers mogelijk dat in dat specifieke (individuele) geval toch wel voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.<sup>82</sup> Daarbij is onder meer van belang of partijen onderlinge leveringen zijn overeengekomen met betrekking tot de producten of diensten waarop zij specialiseren en in hoeverre hun kosten met betrekking tot de producten of diensten die zij op de (lager in de keten gelegen) markt aanbieden als gevolg van de specialisatieovereenkomsten. Daarbij geldt dat specialisatie mededingingsrechtelijke eerder ongeoorloofd zal zijn naarmate de kosten van de specialiserende ondernemingen meer overeenkomen, omdat er dan minder ruimte voor concurrentie over blijft.

## *Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten*

106. De groepsvrijstelling voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten is van toepassing indien concurrerende ondernemingen overeenkomen om gezamenlijk onderzoek naar en de ontwikkeling van nieuwe producten te doen.<sup>83</sup> Ook in dit geval is sprake van horizontale samenwerking. Voorts kunnen ondernemingen afspraken maken over de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van onderzoek en ontwikkeling. Samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en op dat van de gemeenschappelijke exploitatie daarvan bevordert over het algemeen de technische en economische vooruitgang, doordat de uitwisseling van knowhow tussen de ondernemingen zal toenemen en overlappingsen bij onderzoek en ontwikkeling worden vermeden.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> 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.

<sup>82</sup> Zie paragraaf 3.3.5.

<sup>83</sup> 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, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7.

<sup>84</sup> Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7, ov. 10.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

107. Voor de toepassing van de groepsvrijstelling mag het gezamenlijke marktaandeel van de samenwerkende ondernemingen op de relevante markt niet hoger zijn dan 25%. Ook hier geldt dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is ingeval van de in nrns. 94 en 95 genoemde beperkingen.<sup>85</sup>
108. Bij de beoordeling of een overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt, kunnen naast onderhavige Richtsnoeren tevens de "Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten" van de Commissie<sup>86</sup> geraadpleegd worden.

## *Verticale overeenkomsten*

109. Ondernemingen die hun gedrag afstemmen, kunnen elk in een verschillend stadium 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.
110. De groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten<sup>87</sup> ziet op verticale afspraken die handelen over de voorwaarden waaronder de betrokken ondernemingen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. 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.<sup>88</sup>
111. De groepsvrijstelling geldt niet voor verticale overeenkomsten die de in nrns. 94 en 95 genoemde beperkingen bevatten.<sup>89</sup> Een voorbeeld van een dergelijke beperking is het beperken van de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs.<sup>90</sup> Een andere voorwaarde voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling is dat het marktaandeel van de *leverancier* op de relevante markt niet meer dan 30% mag bedragen. De reden daarvan is dat in het algemeen alleen een leverancier met een aanzienlijk marktaandeel door middel van dergelijke overeenkomsten de concurrentie kan beperken. Als de overeenkomst echter exclusieve leveringsverplichtingen bevat, moet het marktaandeel van de *afnemer* in aanmerking genomen worden om de uitwerking van de

---

<sup>85</sup> Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7, artikel 5.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Verordening nr. 2790/1999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21.

<sup>88</sup> Verordening nr. 2790/1999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21, ov. 6.

<sup>89</sup> Verordening nr. 2790/1999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21, artikel 4.

<sup>90</sup> 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.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

overeenkomst op de markt te beoordelen.<sup>91</sup> Toepassing van de groepsvrijstelling wordt nader uiteengezet in de "Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie".<sup>92</sup>

*Voorbeeld 4:*

Een producent van hulpmiddelen X sluit met een apotheek A een afnamecontract voor drie jaar. In dit contract is vastgelegd dat A 90% van haar hulpmiddeleninkoop bij X moet betrekken. In ruil voor deze verplichting krijgt de apotheek een extra korting van 2%. Het marktaandeel van X in Nederland bedraagt 23%. 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. 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%. De overeenkomst is derhalve in zijn geheel van het kartelverbod vrijgesteld. Indien de overeenkomst na de looptijd met meer dan twee jaar (in ongewijzigde vorm) zou worden verlengd, 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 concreet getoetst dient te worden of de overeenkomst de mededinging merkbaar beperkt.

*Voorbeeld 5:*

Een producent van hulpmiddelen verkoopt in Nederland zijn producten via de groothandel. Hij 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 of thuiszorgwinkels 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 dient daarom individueel getoetst te worden op de verenigbaarheid met artikel 6 Mw. Daarbij kan worden opgemerkt dat "passieve" verkopen in beginsel altijd moeten worden toegestaan, omdat er anders sprake is van absolute gebiedsbescherming.

<sup>91</sup> Verordening nr. 2790/2999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21, artikel 3.

<sup>92</sup> Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, Pb C291 van 13 oktober 2000, rnr. 21 tot en met 70.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

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

112. Mededingingsbeperkende overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van een groepsvrijstelling vallen en bovendien merkbaar zijn, zullen niet per definitie als verboden worden beschouwd. Deze overeenkomsten kunnen namelijk toch een nuttige rol vervullen in de economie en moeten worden getoetst aan artikel 6, derde lid, Mw.<sup>93</sup> De uitzondering op het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw is alleen van toepassing (ofwel de afspraak is alleen toegestaan) als de economische en maatschappelijke voordelen de nadelen van het effect op de concurrentie overtreffen. Hiervoor zijn vier criteria opgenomen in artikel 6, derde lid, Mw.
113. Het kartelverbod is niet van toepassing als aan de volgende vier cumulatieve 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 gebruikers;
  3. de beperkingen mogen niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen; en
  4. er moet in de markt voldoende restconcurrentie overblijven.<sup>94</sup>
114. Uit de criteria blijkt dat de mededingingsbeperkende overeenkomsten een duidelijk voordeel moeten bieden aan de economie en de consument. Het gaat om een objectief economisch voordeel waarbij ook kan worden gedacht aan kwaliteitsverbeteringen. Ondernemingen moeten dit voordeel ook kunnen bewijzen. Voorts is het feit dat alleen de betrokken ondernemingen een voordeel behalen niet voldoende. De voordelen moeten voor een billijk aandeel worden doorgegeven aan de gebruikers (de voordelen moeten in ieder geval opwegen tegen de nadelen van de mededingingsbeperking). In de zorg betreft dat dan bijvoorbeeld de patiënt en/of verzekerde. Bovendien moeten de concurrentiebeperkingen proportioneel zijn in verhouding 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 wordt uitgeschakeld.
115. 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 onderhavige Richtsnoeren gebruiken en een aantal Richtsnoeren van de Commissie, waaronder de "Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag"<sup>95</sup> (zie ook rnr. 6). Zoals al in de inleiding is gesteld dienen bij de toepassing van de criteria, beschreven in deze Richtsnoeren, altijd de specifieke omstandigheden van het geval in acht te

---

<sup>93</sup> In het Europese recht is in artikel 81, derde lid, EG-Verdrag een uitzondering opgenomen op het verbod van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. De voorwaarden van artikel 81, derde lid, EG-Verdrag zijn gelijk aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mededingingswet.

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> De NMa heeft bekendgemaakt dat bij de toepassing van artikel 6, derde lid, Mededingingswet wordt aangesloten bij de Richtsnoeren van de 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

worden genomen, zodat geen sprake kan zijn van een mechanische toepassing van deze Richtsnoeren. Iedere zaak dient op basis van de feiten te worden beoordeeld.

## 3.3.6 Uitzondering kartelverbod: diensten van algemeen economisch belang

116. Indien ten minste één van de bij de afspraak betrokken ondernemingen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, geldt artikel 6 Mw voor zover de toepassing van dit artikel de vervulling van de aan die onderneming toevertrouwde 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.
117. Wil de uitzondering van artikel 11 Mw van toepassing zijn dan moeten de volgende drie cumulatieve voorwaarden zijn vervuld:
  - i) er dient sprake te zijn van een dienst van algemeen economisch belang;
  - ii) er dient ten minste één betrokken onderneming *belast* te zijn met deze dienst van algemeen economisch belang bij wettelijk voorschrift of door een besluit van een bestuursorgaan<sup>96</sup>; en
  - iii) de uitoefening van de dienst van algemeen economisch belang wordt verhinderd indien artikel 6 Mw onverkort zou worden toegepast.
118. Een voorbeeld van een dienst die in de jurisprudentie is aangemerkt als dienst van algemeen economisch belang is het leveren van eerstehulpdiensten. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen waren bepaalde medische-hulpverleningsorganisaties belast met een taak van algemeen economisch belang, bestaande in de verplichting dag en nacht in het gehele betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting.<sup>97</sup>
119. De derde voorwaarde van artikel 11 Mw houdt in dat de betrokken onderneming bij onverkorte toepassing van artikels 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.<sup>98</sup>
120. Artikel 11 Mw behelst een uitzondering op de onverkorte toepassing van de Mededingingswet, welke zoals hiervoor reeds is aangegeven, beperkt dient te worden uitgelegd. Mededingingsbeperkingen ten behoeve van de vervulling van taken van algemeen economisch belang mogen daarbij niet verder

---

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 25 oktober 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Jur. 2001, p. 8089, r.o. 55

<sup>98</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 oktober 1997, *Commissie v Nederland*, C-157/94, Jur. 1997, p. 5699, r.o. 52.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

gaan dan nodig is ter vervulling van de opgedragen taken. De proportionaliteit en noodzakelijkheid zijn in het EG-mededingingsrecht aanvaarde criteria.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Memorie van toelichting Mededingingswet, pagina 27.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 4 Samenwerkingsvormen

121. Samenwerkingsverbanden kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het verbeteren van de kwaliteit en efficiëntie van zorgverlening. Ondernemingen moeten inspelen op de toenemende concurrentiedruk in een markt die snel verandert. Samenwerking kan 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, te innoveren of beter te concurreren.
122. Samenwerkingsverbanden kunnen echter ook nadelige gevolgen hebben voor de concurrentie 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. Opgemerkt wordt dat zelfs indien de conclusie is dat de samenwerking in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw, deze niet direct ook verboden hoeft te zijn (zie rnr. 80-84).
123. In de praktijk kan een overeenkomst tussen ondernemingen elementen bevatten van zowel horizontale als verticale afstemming.<sup>100</sup> Zo kan een diabetesketen bijvoorbeeld bestaan uit een samenwerking tussen diëtisten en huisartsen (verticaal), maar kan zo'n keten ook de samenwerking tussen huisartsen onderling (horizontaal) betreffen. In een dergelijk geval dienen éérst de horizontale aspecten van de overeenkomst getoetst te worden aan de mededingingswetgeving. Alleen in het geval een beoordeling gunstig uitvalt, dienen vervolgens de verticale aspecten beoordeeld te worden. Reden hiervoor is dat in het algemeen wordt aangenomen dat horizontale beperkingen schadelijker zijn voor de mededinging dan verticale beperkingen. Als reeds geoordeeld wordt dat de horizontale beperkingen strijdig zijn met het mededingingsrecht is de overeenkomst nietig en is een aparte beoordeling van de verticale beperkingen niet meer nodig. Dit geldt derhalve ook voor de in dit hoofdstuk opgenomen samenwerkingsvormen voor zover deze zowel horizontale als verticale aspecten bevatten.
124. In de praktijk ontstaan vaak nieuwe samenwerkingsvormen. De voorbeelden in dit hoofdstuk zijn dan ook niet limitatief. De voorbeelden betreffen een aantal representatieve situaties in verschillende deelsectoren van de zorg. Ook hier geldt weer dat voor de beoordeling van overeenkomsten steeds een 'case by case' benadering nodig is, waarbij in ieder afzonderlijk geval moet worden gekeken naar de concrete omstandigheden.
125. In paragraaf 4.1 komt de samenwerking binnen één onderneming aan bod. In paragraaf 4.2 worden de mogelijkheden voor samenwerking tussen concurrenten nader toegelicht. In paragraaf 4.3 komen de afspraken tussen niet-concurrenten aan de orde en in paragraaf 4.4 wordt ten slotte aangegeven hoe bepaalde activiteiten van branche- of beroepsverenigingen zich verhouden tot de regels van de Mededingingswet.

---

<sup>100</sup> Zie rnr. 129 en 109 voor nadere uitleg wat horizontale respectievelijk verticale afstemming is.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 4.1 *Afspraken binnen één onderneming*

126. Zoals in hoofdstuk 3.1 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 een rechtspersoon; de rechtsvorm van de economische eenheid is niet van belang. De economische eenheid hoeft derhalve 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. Andere relevante factoren kunnen zijn de interne verrekening van winst en verlies, gezamenlijke aansprakelijkheid jegens derden en gezamenlijke presentatie naar buiten toe.<sup>101</sup>
127. 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 te beperkt is.

*Voorbeeld 6:*

In stad B zijn 20 diëtisten werkzaam. Om tijd te besparen besluiten de diëtisten om 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. Mag dit?

Antwoord:

Nee, deze vorm van samenwerking mag niet. In casu is geen sprake van een afspraak binnen één onderneming. 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. Of deze ondernemingen al dan gelieerd zijn aan een rechtspersoon is niet bepalend.

128. Als er feitelijk sprake is van het opgaan van de 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.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip concentratie in Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 66 van 2 maart 1998, rnr. 7.

<sup>102</sup> Indien twee of meer, tot dan zelfstandige, ondernemingen tot één onderneming samengaan, dan kan dit onder omstandigheden wel onder de regels voor fusiecontrole (artikel 26-49 Mededingingswet) vallen, zie hiervoor hoofdstuk 5.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 4.2 *Afspraken tussen concurrenten*

129. Afspraken tussen concurrenten, ook wel aangeduid als horizontale overeenkomsten, zijn afspraken tussen ondernemingen die werkzaam zijn op hetzelfde niveau of dezelfde niveaus in de markt.<sup>103</sup> Het gaat dan bijvoorbeeld om afspraken tussen huisartsen onderling of thuiszorginstellingen onderling. Onder concurrenten worden zowel daadwerkelijke als potentiële<sup>104</sup> concurrenten verstaan.
130. In deze paragraaf wordt ingegaan 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 rnr. 85-90.
131. In de eerste plaats wordt ingegaan 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 marktverdelingafspraken.<sup>105</sup> Daarna worden vormen van samenwerking besproken die in beginsel 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 dan moet worden aangepast.

### 4.2.1. Afspraken tussen concurrenten die (bijna) altijd verboden zijn

#### *Prijsafspraken*

132. In het algemeen strekken prijsafspraken tussen concurrenten, voor welk product of welke dienst dan ook, ertoe de mededinging te beperken.<sup>106</sup> Dergelijke doelbeperkingen (beperkingen die tot doel hebben de mededinging te beperken) verminderen de normale ondernemersrisico's. Overeenkomsten tussen ondernemingen die betrekking hebben op prijzen en tarieven, waaronder kortingen en toeslagen worden gerekend, vallen onder het kartelverbod en zijn in beginsel verboden.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> 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 rnr. 61 en 64.

<sup>105</sup> 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*.

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> Idem rnr. 95.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

133. In het verleden werd, veelal 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 dat zorgaanbieders individueel met een zorgverzekeraar onderhandelen over de prijs van de te leveren zorg.<sup>108 109</sup> Een verbod op het collectief onderhandelen door zorgaanbieders dient niet te worden opgevat als een verplichting voor de zorgverzekeraar 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, zij het dat daarbij van belang is dat de zorgaanbieders individueel dienen te bepalen of zij instemmen met de (standaard)voorwaarden die door de zorgverzekeraar worden gesteld.

## *Marktverdelingsafspraken*

134. Marktverdelingsafspraken zijn afspraken over de hoeveelheid van te leveren of te produceren producten of diensten<sup>110</sup>, afspraken over vestiging, de geografische verdeling van markten en 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.<sup>111 112</sup> Het effect van dergelijke afspraken kan zijn dat de ondernemingen gegarandeerd zijn van afname en daardoor geen prikkel hebben om te innoveren dan wel om op prijs te concurreren. Het is dan ook vaste jurisprudentie dat deze type overeenkomsten tussen ondernemingen onder het kartelverbod vallen en dat het niet aannemelijk is dat wordt voldaan aan de wettelijke uitzonderingscriteria (zie paragraaf 3.3.5).

### *Voorbeeld 7*

In stad A wordt een grote nieuwbouwwijk gerealiseerd. In deze stad zijn negen verloskundigenpraktijken actief. Deze verloskundigenpraktijken hebben de nieuwe patiënten uit deze wijk onderling verdeeld. Zij hebben daarvoor een verdeelsleutel afgesproken. De afspraak, die

<sup>108</sup> Dit kan eventueel met behulp van een zorgmakelaar gebeuren (zie hierna paragraaf 4.2.2).

<sup>109</sup> Het is de zorgverzekeraar die marktleider is binnen het verzorgingsgebied van een ziekenhuis wel toegestaan om 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](http://www.nmanet.nl).

<sup>110</sup> Prijsafspraken worden vaak in combinatie gemaakt met afspraken ter beperking van productie of verkoop. Door de productie kunstmatig laag te houden kunnen ondernemingen op die manier de prijzen hoog houden. Dergelijke productiebeperkingsafspraken zijn even kwalijk voor de mededinging en dus ook bijna altijd verboden. Outputrestricties, bijvoorbeeld door onderling leveringsquota af te spreken zijn er veelal op gericht om marktaandeel te bestendigen en zijn ook bijna altijd verboden.

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> Zie opmerking in rnr. 95.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

niet onder de bagatelregeling van artikel 7 Mw valt, is dat iedere praktijk een aantal straten in de nieuwbouwwijk krijgt toegewezen. Indien een nieuwe patiënt uit de nieuwbouwwijk zich meldt bij een praktijk die niet actief is in die straat, dan wordt zij door de praktijk doorverwezen naar de concurrent. Mag dit?

Antwoord:

Nee, de afspraak tussen deze negen verloskundigenpraktijken betreft een marktverdelingafpraak en is daarmee in beginsel in strijd met het kartelverbod. De afspraak leidt ertoe dat de keuzevrijheid van de consument wordt beperkt en dat de verloskundigenpraktijken niet meer "hun best moeten doen voor de gunst van de consument". 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.

*Voorbeeld 8*

Vertegenwoordigers van zorgverzekeraar Y en van de door haar gecontracteerde logopedisten vormen een commissie. Deze commissie heeft tot taak verzoeken tot vestiging van nieuwe logopedisten te toetsen aan de vraag of er door de nieuwe vestiging geen nadeel ontstaat voor reeds gecontracteerde praktijken. De commissie adviseert vervolgens de zorgverzekeraar over de vraag of hij met de nieuwkomer een contract moet sluiten. Mag dit?

Antwoord:

Nee, nieuwkomers zijn door dit systeem afhankelijk van de goedkeuring van hun reeds gevestigde concurrenten. In feite kan sprake zijn van een verkapt 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.

## ***Aanbestedingsafspraken***

135. 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 en welke onderneming de opdracht zal krijgen en de diensten zal gaan leveren. Dergelijke afspraken strekken ertoe de mededinging te beperken en worden aangemerkt als zeer zware overtredingen van de Mededingingswet. Ondernemingen dienen zelfstandig te 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.
136. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen aanbestedingsafspraken als hierboven bedoeld en zogenaamde "combinatieovereenkomsten". Een combinatieovereenkomst is een overeenkomst waarbij twee of meer ondernemingen gezamenlijk (als één inschrijver) inschrijven op een aanbesteding, waarbij elk van de betrokken ondernemingen zich verbindt een aanmerkelijke bijdrage

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

te leveren aan de uitvoering van de desbetreffende opdracht. Het kan dan gaan om het inschrijven in combinatie of in onderaanneming. Combinatieovereenkomsten zijn op grond van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten vrijgesteld van het kartelverbod, mits daar geen andere mededingingsbeperkingen in zijn opgenomen dan die welke noodzakelijk zijn voor het indienen van de inschrijving en het uitvoeren van de opdracht.<sup>113</sup> Bovendien mag het aantal ondernemingen dat aan de combinatieovereenkomst deelneemt, gelet op de aard en de omvang van de uit te voeren opdracht in relatie tot de betekenis en de capaciteit van de betrokken ondernemingen, niet onevenredig groot zijn.

## *Voorbeeld 9*

Gemeente X organiseert een aanbesteding voor de levering van "hulp bij het huishouden" in Gemeente X. 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 (oude) NZa-tarieven in te schrijven. Mag dit?

## 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 strekt ertoe de mededinging te beperken en is verboden op grond van het kartelverbod. Aangezien het niet gaat om afspraken tussen ondernemingen die gezamenlijk hebben ingeschreven in een combinatie of onderaannemingsconstructie, maar om afspraken tussen individuele inschrijvers is het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten in dit geval niet van toepassing.

---

<sup>113</sup> Besluit van 25 november 1997, houdende vrijstelling van combinatieovereenkomsten ter zake van aanbestedingen van het verbod van mededingingsafspraken, Staatsblad 1997, 592. De looptijd van het Besluit vrijstellingen combinatieovereenkomsten is tot 1 januari 2009 verlengd, Besluit van 20 oktober 2007 tot verlenging van drie besluiten houdende vrijstellingen van het maken van mededingingsbeperkende afspraken als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet, Staatsblad 2007, nr. 417.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Gemeenschappelijke leveringsweigering*

137. Ook afspraken die een gemeenschappelijke leveringsweigering (boycot) beogen, strekken er in beginsel toe de mededinging te beperken. Elke onderneming moet in beginsel 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 te handelen. Dit kan ook het geval zijn indien de leveringsweigering vanuit een ondernemings- of branchevereniging wordt gecoördineerd, bijvoorbeeld de afspraak dat niet gehandeld wordt met niet-leden of “niet-erkende” wederpartijen.<sup>114</sup> Het is niet aannemelijk dat dergelijke afspraken voldoen aan de wettelijke uitzonderingscriteria op het kartelverbod.

### *Voorbeeld 11*

De apothekers in regio A zijn niet tevreden met het besluit van zorgverzekeraar Y om de inkoop van geneesmiddelen in die regio voor haar verzekerden aan te besteden en de apothekers te verplichten om zich aan de door haar met de leveranciers gemaakte afspraken te houden. 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 haar plannen afziet. Mag dit?

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 strekt ertoe de mededinging te beperken en is verboden op grond van het kartelverbod.

## 4.2.2. Afspraken tussen concurrenten die vaak zijn toegestaan

138. De hiernavolgende samenwerkingsvormen betreffen afspraken tussen concurrenten die in de praktijk niet tot mededingingsrechtelijke problemen leiden en om die reden ook niet onder het kartelverbod vallen. De redenen hiervoor zijn dat: 1) de afspraken niet onder het bepaalde in artikel 6, eerste lid, Mw vallen, of 2) de afspraken in beginsel wel onder het bepaalde in artikel 6, eerste lid, Mw vallen maar zij zijn vrijgesteld op basis van artikel 6, derde lid, Mw.

---

<sup>114</sup> 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Onderhandelen via een zorgmakelaar*

139. Zorgaanbieders kunnen hun onderhandelingen met de zorgverzekeraar ook uitbesteden aan een zorgmakelaar. Een zorgmakelaar<sup>115</sup> treedt op als bemiddelaar tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar. Hierna wordt aangegeven welke mogelijkheden en beperkingen de Mededingingswet verbindt aan het onderhandelen via een zorgmakelaar.
140. Vaak onderhandelen meerdere zorgaanbieders met behulp van dezelfde zorgmakelaar. Het komt daarbij voor dat de zorgmakelaar de door zorgaanbieders aangedragen bezwaren tegen het contract bundelt en deze namens alle zorgaanbieders kenbaar maakt aan de zorgverzekeraar. Daarnaast komt het voor dat de zorgmakelaar de door individuele zorgaanbieders naar voren gebrachte punten afzonderlijk aan een zorgverzekeraar kenbaar maakt.
141. Het inschakelen van een zorgmakelaar door concurrerende zorgaanbieders zal in het algemeen efficiencyvoordelen kunnen hebben, maar kan ook leiden tot afstemming van marktgedrag indien concurrentiegevoelige informatie wordt uitgewisseld. Het inschakelen van een zorgmakelaar door zorgaanbieders valt onder het kartelverbod van artikel 6 Mw als de overeenkomst tussen de zorgaanbieders en de zorgmakelaar afgestemde uniformering van het marktgedrag van de zorgaanbieders ten doel of ten gevolge heeft. De zorgmakelaar mag geen kartels faciliteren, bijvoorbeeld door de zorgaanbieders waarvoor hij of zij werkzaam is te adviseren om allen hetzelfde tarief te hanteren.

### *Voorbeeld 10.*

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 een mandaat te geven om over het tarief met de zorgverzekeraar te onderhandelen. Mag dit?

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.

142. 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

---

<sup>115</sup> 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

zorgaanbieders die de zorgmakelaar adviseert met betrekking tot tarieven of andere concurrentieparameters kan tot afstemming van gedrag van concurrenten leiden. Daardoor heeft het mededingingsbeperkende effecten en valt de overeenkomst onder het kartelverbod.

143. Hieronder wordt aangegeven onder welke voorwaarden concurrerende zorgaanbieders zich kunnen laten adviseren en bijstaan door een zorgmakelaar zonder dat dit strijd oplevert met de Mededingingswet.

1) De zorgaanbieder sluit individueel een overeenkomst met een zorgmakelaar. In de overeenkomst wordt vastgelegd dat de beslissingen met betrekking tot de concurrentieparameters door de zorgaanbieder worden genomen. Voor zover het concurrentieparameters betreft, bepaalt elke zorgaanbieder individueel tegen welke voorwaarden hij de diverse diensten kan aanbieden en geeft deze voorwaarden individueel door aan de zorgmakelaar. Een zorgaanbieder geeft geen volmacht aan een zorgmakelaar om namens hem te onderhandelen of contracten te sluiten. Het moet een zorgaanbieder steeds toegestaan zijn buiten de zorgmakelaar om met een verzekeraar te onderhandelen,

èn

2) Zorgaanbieder en zorgmakelaar treffen en handhaven voorzieningen inzake de geheimhouding en vertrouwelijkheid van de gegevens van een zorgaanbieder. Dit betekent dat de zorgmakelaar geen inzage of informatie aan een zorgaanbieder geeft over de tarieven of andere concurrentieparameters waaronder andere zorgaanbieders (bereid zijn of zouden zijn) contracten (aan te gaan) aangaan waarover zij onderhandelen of over het verloop van de onderhandelingen tussen andere zorgaanbieders en een verzekeraar. Gegevens die bepalend zijn voor de concurrentiepositie van een zorgaanbieder en die de zorgmakelaar verkrijgt bij de advisering van de ene zorgaanbieder, mogen niet gebruikt worden voor de advisering van een andere zorgaanbieder,

èn

3) De zorgmakelaar brengt het standpunt van een zorgaanbieder ten aanzien van de in punt 1) genoemde voorwaarden individueel, voor iedere zorgaanbieder afzonderlijk, naar voren bij een verzekeraar. De reactie van een verzekeraar op individueel naar voren gebrachte punten wordt door de zorgmakelaar aan een zorgaanbieder persoonlijk en individueel doorgegeven. De zorgmakelaar geeft alle voorstellen van een verzekeraar te allen tijde door aan een zorgaanbieder.

4) In afwijking van hetgeen hiervoor is aangegeven met betrekking tot het in punt 1) en punt 3) bepaalde verbod op het geven van een volmacht aan een zorgmakelaar om contracten te sluiten, kan een zorgaanbieder de zorgmakelaar de bevoegdheid geven namens hem een aanbod van een verzekeraar te accepteren dat gelijk is aan of beter is dan de door deze zorgaanbieder bepaalde voorwaarden. Anders dan in het geval een zorgmakelaar namens de zorgaanbieder onderhandelt zoals genoemd onder punt 1), is er hier sprake van een individuele keuze van de betreffende zorgaanbieder, zonder dat de zorgmakelaar daarbij de belangen van andere aanbieders die hij vertegenwoordigt meeneemt, dan wel kan meenemen.

*Voorbeeld 12:*

Apotheken X, Y en Z hebben een gezamenlijke omzet van meer dan EUR 5.500.000. De

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

apotheken zijn actief op dezelfde relevante markt, en hebben individueel besloten om dezelfde zorgmakelaar als adviseur in te schakelen. Zij hebben vervolgens individueel met de zorgmakelaar afgesproken dat hij juridisch advies en uitleg geeft over de voorwaarden van het contract, waaronder de tarieven, die een zorgverzekeraar aan hen heeft aangeboden. De deskundige 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 deskundige 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 deskundige?

Antwoord:

Nee, hier is sprake van een verkapt kartel. De NMa is van mening dat een onderling afgestemd aanbod niet is toegestaan. De deskundige 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 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.

144. Opgemerkt wordt dat indien 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 paragraaf 4.1 toegelicht. Dit geldt ook voor het geval een zorgmakelaar optreedt voor ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn.

## ***Zuivere kwaliteitsafspraken***

145. Afspraken over kwaliteitsbevordering leveren in het algemeen geen concurrentiebeperking op indien 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.<sup>116</sup> Derhalve zijn afspraken zoals vastgelegd in standaarden en protocollen, 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 geen concurrentiebeperkingen op, aangezien de samenwerking uitsluitend ziet op een efficiënte procedurele en administratieve bedrijfsvoering.<sup>117</sup>
146. Als afspraken over kwaliteit worden gekoppeld aan andere doelstellingen of afspraken die niet direct met kwaliteit samenhangen, moeten deze aanvullende afspraken apart op hun verenigbaarheid met

<sup>116</sup> 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*.

<sup>117</sup> Zie ook het besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 in bezwaar in zaak 537/ *Landelijke Huisartsen Vereniging*, rnr. 88.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

het kartelverbod worden getoetst. Dergelijke aanvullende afspraken kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het uitwisselen van informatie tussen de betrokken ondernemingen. Indien 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.<sup>118</sup> Per geval dient derhalve beoordeeld te worden welke aspecten van een afspraak mededingingsrechtelijk relevant kunnen zijn.

147. In elk geval mogen kwaliteitsafspraken niet in de weg staan aan innovaties; ontwikkelingen van bijvoorbeeld nieuwe behandelmethodes mogen door de gemaakte afspraken niet worden geremd. Ook mogen kwaliteitsafspraken geen belemmering vormen voor diversiteit en vernieuwing van organisatievormen, –formules en combinaties waarin de zorg wordt aangeboden.
148. 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.
149. Ten slotte geldt dat bepaalde kwaliteitsaspecten, denk bijvoorbeeld aan openingstijden, extra service of inrichting van de praktijk, wel als concurrentieparameter worden aangemerkt en onderlinge afspraken daarover kunnen de mededinging mogelijk ook raken. Afspraken tussen zorgaanbieders met betrekking tot dergelijke concurrentieparameters kunnen dan ook in strijd zijn met artikel 6 Mw.
150. Zo is het hanteren van een ‘nabijheidsvereiste<sup>119</sup>’ door bijvoorbeeld huisartsen en verloskundigen in beginsel een aanvaardbaar kwaliteitsaspect omdat deze aanbieders binnen een bepaalde tijd bij hun patiënten moeten kunnen komen in geval van spoedgevallen. 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 vestigingsbeperking die geraakt wordt door het kartelverbod.

---

<sup>118</sup> Zie voor de mededingingsrechtelijke aspecten van informatie-uitwisseling rnr. 167 en 198.

<sup>119</sup> Aanbieders nemen alleen patiënten aan die binnen een bepaalde straal om hun praktijk wonen.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Voorbeeld 13:*

Huisartsen, openbare apothekers, ziekenhuisapothekers en medisch specialisten in de regio Z komen regelmatig in het kader van 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 tevens om samen met de zorgaanbieders een geneesmiddelenformularium<sup>120</sup> op te stellen. Mag dit?

## Antwoord:

Dit hangt van de concrete omstandigheden af. Het FTTO kan in beginsel worden beschouwd als een zuivere kwaliteitsafspraken. Indien zorgaanbieders en zorgverzekeraar in het kader van het FTTO echter een geneesmiddelenformularium opstellen, is dat geen zuivere kwaliteitsafspraken meer omdat bij de keuze voor een bepaald geneesmiddel ook economische criteria een rol kunnen spelen. Het afgestemde gedrag rond het formularium moet derhalve 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 tot gevolg heeft dat de mededinging op de markt voor de inkoop van geneesmiddelen merkbaar wordt beperkt. Voor de beoordeling van de vraag of het formularium verenigbaar is met het kartelverbod is naast het aandeel op de markt voor de inkoop van geneesmiddelen dat door het formularium wordt beïnvloed, 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.<sup>121</sup>

## ***Gemeenschappelijke inkoop***

151. Vaak sluiten ondernemingen overeenkomsten met betrekking tot 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, door een onderneming waarin vele ondernemingen een deelneming van geringe omvang hebben of door middel van een contractuele afspraak.<sup>122</sup>
152. Samenwerkingsverbanden betreffende gemeenschappelijke inkoop hebben in het algemeen niet tot doel de concurrentie te beperken. Deze samenwerkingsverbanden beogen de kosten voor inkoop te verlagen. De afspraken kunnen evenwel nadelige gevolgen hebben voor de mededinging. Het is hierbij van belang dat de inkoopovereenkomsten in hun juridische en economische context worden beoordeeld. In het onderzoek dienen zowel de inkoop- als de verkoopmarkten te worden betrokken.
153. 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

<sup>120</sup> Een geneesmiddelenformularium is een voorkeurslijst van geneesmiddelen die bij een ziekte het beste kunnen worden toegediend.

<sup>121</sup> Zie ook het besluit van de d-g NMa van 22 oktober 2001 in zaak 1915/ *Zilveren Kruis - Geneesmiddelenformularium Kennemerland*.

<sup>122</sup> Zie ook NMa visiedocument "Inkoopmacht", [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

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.

154. Inkoopovereenkomsten worden veelal gesloten tussen ondernemingen die ten minste op de inkoopmarkt met elkaar concurreren. Indien de ondernemingen op de verkoopmarkt geen concurrenten zijn, dan is de inkoop samenwerking zelden in strijd met de Mededingingswet, tenzij de partijen een zeer sterke positie op de inkoopmarkt bezitten.<sup>123</sup> Het uitgangspunt van de analyse is de 'afnemersmacht' van de partijen, dus de marktmacht<sup>124</sup> waarover het inkoop samenwerkingsverband beschikt op de inkoopmarkt. Het bestaan van afnemersmacht mag worden aangenomen wanneer een inkoop samenwerkingsverband een voldoende groot aandeel van de totale inkopen op die markt voor zijn rekening neemt en daardoor in staat is om de prijzen onder het concurrerende niveau te drukken of de toegang tot de markt voor concurrerende kopers af te sluiten.<sup>125</sup> Dit kan leiden tot uitsluitingseffecten en daarmee uiteindelijk tot een niet-optimaal aanbod, dat betekent dat het aanbod niet aansluit op de vraag naar in dit geval bijvoorbeeld zorg.
155. De positie van de ondernemingen op de verkoopmarkt is ook van belang. Indien de partijen gezamenlijk tevens marktmacht op de verkoopmarkt hebben, stemmen zij mogelijk hun gedrag op die markt af en worden de inkoopvoordelen niet doorgegeven aan de klanten op de verkoopmarkt. Deze afstemming kan worden vergemakkelijkt doordat de betreffende ondernemingen door de gezamenlijke inkoop in hoge mate gemeenschappelijke kosten hebben. De marktmacht op de verkoopmarkt kan bovendien worden versterkt doordat concurrenten op de inkoopmarkt moeilijkheden hebben omdat hun de toegang tot efficiënte aanbieders wordt beperkt.<sup>126</sup> Het (tevens) hebben van marktmacht op de verkoopmarkt kan derhalve betekenen dat de samenwerking op de inkoopmarkt niet is toegestaan.

## *Preferentiebeleid*

156. 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

---

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> Zie het NMa visiedocument Inkoopmacht voor een verdere uitleg van het begrip marktmacht. In het algemeen wordt aangenomen dat het onwaarschijnlijk is dat de betreffende ondernemingen over marktmacht beschikken wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst zowel op de inkoopmarkt als op de verkoopmarkt minder dan 15% bedraagt. Bij een hoger marktaandeel moeten de gevolgen van de kracht van het samenwerkingsverband op de markt worden onderzocht, waarbij factoren als marktconcentratie en tegenmacht van aanbieders een rol spelen.

<sup>125</sup> De omvang aandeel hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, zoals de positie van andere inkopende partijen.

<sup>126</sup> 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, nrns. 126 en 129. Zie het besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000 in de gevoegde zaken 652 en 145/ *Inkoop samenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

geneesmiddel c.q. de groep geneesmiddelen mogen leveren. Het gevolg is dat deze zorgverzekeraars de aanspraak op vergoeding voor verzekerden tot dezelfde leverancier(s) beperken.

157. Een dergelijke samenwerking heeft niet tot doel de mededinging te beperken, aangezien het zorgverzekeraars er veelal juist om te doen zal zijn om tot een doelmatiger geneesmiddelenvoorziening te komen door middel van meer prijsconcurrentie. Een leverancier wordt immers geprikkeld om op prijs te concurreren teneinde als preferente leverancier aangewezen te worden.
158. Er kunnen zich evenwel in voorkomende gevallen negatieve mededingingsbeperkende effecten voordoen. Derhalve dient beoordeeld te worden wat de effecten van het gezamenlijk hanteren van een preferentiebeleid zullen zijn voor de verzekeringsmarkt waarop de verzekeraars opereren. 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. Of deze gevolgen ook (merkbaar) mededingingsbeperkend zijn, zal afhankelijk zijn van het aandeel dat de geneesmiddelen uitmaken van de totale kosten van de zorgverzekeraars en welk deel het gezamenlijke preferentiebeleid uitmaakt van het verzekerde pakket. Als uitgangspunt kan gelden dat hoe meer groepen geneesmiddelen binnen het preferentiebeleid vallen en hoe meer zorgverzekeraars deelnemen aan de samenwerking, hoe groter de gevolgen zullen zijn en des te eerder het beleid mededingingsbeperkend kan zijn. Tevens kan daarbij van belang zijn of de zorgverzekeraars vrij zijn de lagere kosten als gevolg van het preferentiebeleid al dan niet geheel of gedeeltelijk te vertalen in een lagere premie voor de verzekerden. Immers wanneer verzekeraars onderling afspreken tot welke premieverlaging het preferentiebeleid leidt, stemmen zij een deel van hun prijzen af. Dat is in beginsel niet toegestaan.
159. 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 merkbare mededingingsbeperking. Voorts kan ook in dat geval de samenwerking zijn vrijgesteld van het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, Mw. Ervan uitgaande dat het preferentiebeleid inderdaad gericht is op meer prijsconcurrentie, dus lagere prijzen voor de betreffende geneesmiddelen, kunnen de positieve effecten hiervan zwaarder wegen dan de negatieve effecten en kan de samenwerking zijn vrijgesteld, mits uiteraard ook wordt voldaan aan de overige criteria van artikel 6, derde lid, Mw.
160. Deze samenwerking is een horizontale samenwerking tussen zorgverzekeraars, maar heeft tevens 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. Voorts is van belang dat de procedure voor aanwijzen van

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

een preferent geneesmiddel objectief en non-discriminatoir is, zodat daadwerkelijk geconcurrereerd kan worden.

## *Afspraken over waarneming*

161. Het is in het algemeen niet in strijd met het kartelverbod indien zorgaanbieders gezamenlijk de waarneming organiseren, in het kader van lokale waarneemgroepen dan wel in het kader van grotere dienstenstructuren. Zorgaanbieders mogen samenwerken indien zij het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren.<sup>127</sup> Gezamenlijke waarneming is noodzakelijk om de continuïteit in de zorgverlening te waarborgen, omdat niet van een individuele zorgaanbieder kan worden verwacht dat hij 24 uur per dag en zeven dagen per week van het jaar 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.
162. Zorgaanbieders die gezamenlijk de waarneming organiseren, mogen in het algemeen ook gezamenlijk met de zorgverzekeraars over de voorwaarden en tarieven voor de waarneming onderhandelen. Zij bieden in feite gezamenlijk het product acute zorg tijdens de avond, de nacht en het weekeinde aan. De patiënt kan bovendien bij een acute zorgvraag niet wachten tot een andere zorgaanbieder dienst doet. Indien meerdere waarneemgroepen gezamenlijk onderhandelen, kan dat wel in strijd zijn met het kartelverbod, omdat dan geen sprake is van een gezamenlijk geleverd product.
163. Aan deelname aan de waarnemingsregeling mogen bepaalde voorwaarden worden gesteld. Het betreft dan bijvoorbeeld voorwaarden op het gebied van beschikbaarheid en bereikbaarheid.<sup>128</sup> Wel dienen deze voorwaarden open, objectief, transparant en niet-discriminerend te zijn.<sup>129</sup>
164. De waarneming kan in strijd met het kartelverbod zijn, indien de betrokken ondernemingen gezamenlijk over marktmacht beschikken en de samenwerking waarschijnlijk tot uitsluiting van derden zal leiden.<sup>130</sup> Daarvan is bijvoorbeeld sprake als er voor de zorgaanbieder geen mogelijkheid bestaat om de waarneming gezamenlijk met andere zorgaanbieders te organiseren. Bovendien mag de samenwerking niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is voor de waarneming. Indien 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.

---

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> 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.*

<sup>129</sup> De beoordeling van gezamenlijke waarnemingsregelingen is vergelijkbaar met die van 'erkenningregelingen', zie hiervoor rnr. 201-204 en hoofdstuk 4.2 van de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen.

<sup>130</sup> 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Voorbeeld 14:*

De veertien huisartsen in stad A zetten een waarnemingsregeling op voor nacht- en weekenddiensten. De huisartsen onderhandelen met betrekking tot deze waarneming gezamenlijk met een zorgverzekeraar over de voorwaarden en er komt een contract tot stand tussen het samenwerkingsverband en de zorgverzekeraar. Als zich na een jaar een nieuwe huisarts in het centrum van A wil vestigen, wordt hij niet tot de waarneemregeling 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 deze weigering puur is ingegeven vanuit de bedoeling van een groep ondernemers om een toetreders, 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 actief waarmee de nieuwkomer gezamenlijk zou kunnen waarnemen.

## *Voorbeeld 15:*

De huisartsen in stad A spreken ook af om niet actief patiënten te werven van de collega huisarts voor wie wordt waargenomen. Dit houdt in dat de huisarts niet op eigen initiatief patiënten van de collega huisarts die hij in het kader van de waarneming behandelt, mag trachten over te nemen. Passief werven, wat een overstap van een patiënt op diens initiatief inhoudt naar een zorgaanbieder waarmee hij tijdens de waarneming in contact is gekomen, is wel toegestaan. Mag dit verbod op actief werven op grond van de Mededingingswet?

## Antwoord:

Ja, mits een dergelijk non-concurrentiebeding noodzakelijk is voor het goed functioneren van de waarneemregeling. Voor het treffen van waarneemregelingen is het nodig om een vorm van samenwerking in het leven te roepen die is gebaseerd op onderling vertrouwen. Dit verbod om patiënten actief te werven mag echter niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. In dit verband is van belang dat de waarneemregeling de vrije keuze van een patiënt voor een bepaalde zorgaanbieder respecteert. Dit betekent dat een waarneemregeling *we*/een mededingingsbeperking inhoudt indien passieve overname ook door deze waarneemregeling wordt verboden.<sup>131</sup>

### ***Gezamenlijk opzetten van elektronische netwerken en informatie-uitwisseling***

165. 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.
166. Elektronische netwerken, onder meer ten behoeve van het elektronisch patiëntendossier en het elektronisch medicatiedossier, worden onmisbare instrumenten om de zorg in de toekomst

<sup>131</sup> Zie het besluit van de d-g NMa van 15 oktober 1999 in bezwaar in de zaak 379/KNMvD, rnr. 71-74.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

kwalitatief hoogwaardig, efficiënt en effectief te kunnen organiseren. Dergelijke samenwerking valt meestal niet onder het kartelverbod. Er geldt een aantal voorwaarden.

167. Ten eerste mag elektronische koppeling niet worden gebruikt 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. Indien 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.<sup>132</sup> Informatie met betrekking tot zorginhoudelijke aspecten, zoals het uitwisselen van informatie tussen huisartsen met betrekking tot 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 afspraken te controleren.<sup>133</sup> Met andere woorden, elektronische netwerken mogen niet worden gebruikt als dekmantel voor een verkapt kartel.
168. Het samenwerkingsverband dient open, transparant en non-discriminatoir te 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.<sup>134</sup> In deze situatie mag aan andere zorgaanbieders alleen toegang worden geweigerd op basis van een objectieve rechtvaardiging.<sup>135</sup> Aan de toetreders mag wel worden gevraagd om een passende investeringsbijdrage te leveren.

## ***Samenwerking op administratief gebied***

169. Een andere vorm van samenwerking betreft de samenwerking 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, indien de samenwerking zich beperkt tot de administratieve verwerking van de bedrijfsactiviteiten en de

---

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> Beschikking van de Europese Commissie van 2 december 1986, *Vetzuren*, Pb. 1987, L 3/17, ov. 45; 24<sup>e</sup> -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 van de NMa, rnr. 61 en verder, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

<sup>134</sup> Zie besluit van de d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501, *Wilhelmina apotheek- Dienstoptheek 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.

<sup>135</sup> Zoals bijvoorbeeld technische onmogelijkheden. Dit mag echter niet zo ver gaan dat een samenwerkingsverband bewust voor een techniek kiest die toetreding belemmert.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

samenwerking de beslissingen ten aanzien van die activiteiten zelf niet beïnvloedt. Dergelijke vormen van samenwerking zijn niet concurrentiebeperkend en vallen 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.

*Voorbeeld 16:*

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 in strijd met de Mededingingswet?

Antwoord:

Nee, deze samenwerking zal in het algemeen geen concurrentiebeperking opleveren. Dit zal anders zijn, 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.

## *Samenwerking in een HOED*

170. Naast de samenwerking in een gezondheidscentrum (zie ook verderop rnr. 186-189) worden in de zorg in toenemende mate ook zogenaamde 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. Opgemerkt wordt dat het vormen van een HOED niet direct betekent dat de huisartsen ook één onderneming in de zin van de Mededingingswet vormen (in welk geval het kartelverbod niet van toepassing is op de onderling tussen de huisartsen gemaakte afspraken). Zoals eerder opgemerkt zal geen sprake zijn van één onderneming in geval 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. Indien de huisartsen in dit geval daarnaast gezamenlijk met een zorgverzekeraar willen onderhandelen over het tarief en/of volume van de door hen te leveren zorg, dan moet dit worden beoordeeld als een samenwerking tussen concurrenten. In paragraaf 4.2 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.

## *4.3 Afspraken tussen niet-concurrenten*

171. 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 hierbij 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

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

productie- of distributieketen werkzaam zijn (een zogenaamde 'verticale relatie'). 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.

172. Zoals reeds eerder is aangegeven (nr. 123) is het in het geval van verticale samenwerking van belang om bij de beoordeling alert te zijn op eventuele horizontale aspecten van de samenwerking. Indien de samenwerking ook horizontale elementen bevat, dient dit deel van de samenwerking eerst beoordeeld te worden. Voorts 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 meer uitgebreid worden getoetst, waarbij alle feiten en omstandigheden van de samenwerking in aanmerking worden genomen (zie tabel 1).

## *Afspraken tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende geografische markten*

173. Samenwerking tussen ondernemingen die niet op dezelfde geografische markten actief zijn heeft vaak voordelen. Zo kunnen bepaalde overheadkosten worden bespaard en kan kennis worden gedeeld. Ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn, bijvoorbeeld omdat zij actief zijn op verschillende geografische en productmarkten<sup>136</sup>, 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, bestaan er in beginsel geen mededingingsrechtelijke bezwaren.

### *Voorbeeld 17:*

Dertig fysiotherapeuten die gevestigd zijn door heel Nederland en elk actief zijn op afzonderlijke relevante geografische markten kleiner dan Nederland onderhandelen collectief met de zorgverzekeraars over tarieven en commerciële voorwaarden. Mag dit?

### *Antwoord:*

Ja, de fysiotherapeuten in dit voorbeeld zijn allen gevestigd op een andere geografische markt. 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.

## *Ketenzorg en strategische allianties*

174. In toenemende mate ontstaan er in de zorg initiatieven waarin multidisciplinaire zorgaanbieders nauw samenwerken om de gespecialiseerde zorg aan bijvoorbeeld chronisch zieken te organiseren. De multidisciplinaire samenwerking wordt dan bijvoorbeeld georganiseerd in zogenaamde zorgketens dan wel in een strategische alliantie. Multidisciplinaire samenwerkingsbanden zijn veelal 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

<sup>136</sup> Zie nrs. 57-59 voor een toelichting op het begrip relevante markt.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

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), immers de zorgaanbieders zullen hun patiënten in het kader van de samenwerking doorgaans exclusief doorverwijzen naar elkaar. In het navolgende worden de mededingingsrechtelijk relevante aspecten van deze vormen van samenwerking nader toegelicht.

175. 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 deze keten zijn een huisarts, een verpleegkundige, een diëtiste en een fysiotherapeut verenigd, die gezamenlijk de zorgverlening aan een diabetespatiënt op zich nemen.
176. Een ander voorbeeld van een dergelijk samenwerkingsverband is de samenwerking tussen een thuiszorginstelling en een ziekenhuis.<sup>137</sup> Concreet kan worden gedacht aan de situatie dat een thuiszorginstelling en een ziekenhuis afspreken dat het ziekenhuis patiënten uitsluitend doorverwijst naar die thuiszorginstelling. Deze aanbieders bieden dan niet gezamenlijk een zorgproduct maar leveren 'aanpalende' diensten.<sup>138</sup>
177. Uit de praktijk blijkt dat ondernemingen in een zorgketen of strategische alliantie 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 dient er getoetst te worden aan de regels omtrent concentratiecontrole (zie hiervoor hoofdstuk 5).
178. Indien binnen een keten gezamenlijk wordt onderhandeld met zorgverzekeraars door zorgaanbieders die geen potentiële of daadwerkelijke concurrent van elkaar zijn, bestaan er in beginsel geen mededingingsrechtelijke bezwaren. Dit geldt ook als de zorgaanbieders binnen de keten onderling onderhandelen over relevante concurrentieparameters (zoals prijs, omvang en de patiënten) van de ketenzorg.
179. Indien het marktaandeel van bij de samenwerking betrokken partijen relatief groot is, dan kan de overeenkomst mogelijk een *uitsluitingseffect* hebben. In de in rnr. 176 genoemde samenwerking tussen het ziekenhuis en de thuiszorginstelling kan de exclusiviteitsovereenkomst er toe leiden dat andere thuiszorginstellingen niet meer kunnen concurreren om de gunst van de ziekenhuispatiënten. Indien 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 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. Indien de contracten slechts van

---

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> Deze vorm wordt ook wel aangeduid als strategische alliantie.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

relatief korte duur<sup>139</sup> zijn dan kunnen thuiszorginstellingen periodiek met elkaar concurreren om het verkrijgen van deze contracten. 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 zal zijn.

180. De samenwerking tussen niet-concurrenten in een keten dan wel strategische alliantie zal naar verwachting niet mededingingsbeperkend zijn indien het marktaandeel van de betrokken ondernemingen relatief klein is. Zie in dit verband de in hoofdstuk 3 van deze Richtsnoeren beschreven Europese groepsvrijstellingen voor verticale overeenkomsten. Er kan van worden uitgegaan dat, wanneer de zorgaanbieders een marktaandeel van niet meer dan 30% op de relevante markt hebben, en zij voor het overige voldoen aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling,<sup>140</sup> 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 rnr. 113).

## *Cumulatief effect van parallele netwerken*

181. De mededinging kan echter wel worden beperkt indien er een cumulatief effect optreedt op de markt of doordat het (gezamenlijke) marktaandeel van de bij het samenwerkingsverband aangesloten ondernemingen groot is. Hierna wordt nader ingegaan op de beperkingen die hiermee samenhangen.
182. Een cumulatief effect kan zich voordoen indien op een markt meerdere samenwerkingsverbanden zijn waarbinnen soortgelijke afspraken met soortgelijke effecten gelden.<sup>141</sup> Het naast elkaar bestaan van meerdere ketens kan dan een marktafsluitend effect hebben dat schadelijk is voor de concurrentie, zelfs indien de betrokken samenwerkingsverbanden ieder een relatief klein marktaandeel hebben.
183. De NMa kan beslissen om de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten in te trekken voor overeenkomsten die een cumulatief effect hebben.<sup>142</sup> De NMa zal bekendmaken indien zij voornemens is de toepasselijkheid in te trekken. Als gevolg hiervan moeten ondernemingen alsnog zelfstandig toetsen of de uitzondering van artikel 6, derde lid, Mededingingswet van toepassing is.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> Zie rnr. 109-111.

<sup>141</sup> Ook bij een dergelijke analyse dient rekening te worden gehouden met de bestaande economische context en het bestaande niveau van concurrentie. Immers, indien de verschillende netwerken onderling met elkaar concurreren, waardoor deze netwerken voldoende concurrentiedruk op elkaar uitoefenen, dan zal er mededingingsrechtelijk niet zo snel een probleem ontstaan.

<sup>142</sup> 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, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb L 336 van 22 december 1999, p. 21.

<sup>143</sup> 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,

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Voorbeeld 18:*

Thuiszorginstelling A heeft exclusiviteit bedongen bij het ene regionale ziekenhuis, thuiszorginstelling B heeft exclusiviteit bedongen bij het andere regionale ziekenhuis en thuiszorginstelling C heeft exclusiviteit bedongen bij de meeste huisartsen in de regio, waardoor in totaal 80% van de patiëntenstroom van thuiszorginstellingen in de betreffende regio exclusief is toebedeeld aan A, B en C. Op zichzelf heeft iedere individuele afspraak geen merkbare invloed op de relevante markt. De drie thuiszorginstellingen zijn concurrenten van elkaar. Thuiszorginstelling D wil toetreden tot de markt en vraagt zich af of deze afspraken mededingingsrechtelijk gezien toelaatbaar zijn.

## *Antwoord:*

Hoewel de individuele afspraken die A, B en C 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 is immers in totaal 80% van de patiëntenstromen in de regio exclusief toebedeeld aan A, B en C. Voor thuiszorginstelling D kan het daardoor onmogelijk of onnodig duur worden succesvol te functioneren of toe te treden tot de markt. Een cumulatief effect kan een reden zijn om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken. De NMa zal bij de beoordeling het mogelijke cumulatief effect eerst kijken naar de parallelle netwerken van A, B en C. Daarbij wordt bijvoorbeeld gekeken naar de duur van de overeengekomen exclusiviteit en de mogelijke marktafsluitende effecten die de parallelle netwerken hebben. Indien blijkt dat de markt moeilijk toegankelijk is voor potentiële concurrenten, dient te worden nagegaan in hoeverre de door A respectievelijk B respectievelijk C gesloten exclusiviteitsovereenkomsten bijdragen aan het marktafsluitende effect dat uitgaat van het totaal van bestaande netwerken. Indien deze bijdrage aanzienlijk is, kunnen de door de betrokken onderneming gesloten exclusiviteitsovereenkomsten in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, Mw.

## *Voorbeeld 19*

In ziekenhuis Z is een transferverpleegkundige werkzaam. De transferverpleegkundige is vroeger in dienst geweest van thuiszorginstelling Y. Het ziekenhuis en de thuiszorginstelling hebben geen afspraken gemaakt over het doorsturen van patiënten. Doordat de transferverpleegkundige jarenlang met veel plezier voor thuiszorginstelling Y heeft gewerkt, is zij geneigd om alle patiënten van ziekenhuis Z door te sturen naar haar oude thuiszorginstelling Z. Is dit verenigbaar met het kartelverbod?

## *Antwoord:*

Ja. Hoewel concurrentie tussen de thuiszorginstellingen die actief zijn in het adherentiegebied van het ziekenhuis wel door het doorverwijsgedrag van de transferverpleegkundige wordt beïnvloed, is in bovenbeschreven scenario geen sprake van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van de Mededingingswet tussen ziekenhuis Z en thuiszorginstelling Y. Er kan daardoor ook geen sprake zijn van een overtreding van artikel 6 Mw. Voor een uitleg over het begrip overeenkomst zie rnr. 51. Indien ziekenhuis Z en thuiszorginstelling Y zouden hebben afgesproken dat het ziekenhuis alle patiënten naar deze thuiszorginstelling zou sturen, zou dit mogelijk wel in strijd met het kartelverbod kunnen zijn.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## *Horizontale effecten van samenwerkende ketens*

184. Indien meerdere ketens van multidisciplinaire zorgaanbieders nauw met elkaar gaan samenwerken kunnen horizontale mededingingsbeperkingen optreden. Indien 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 4.2 is reeds ingegaan op de grenzen die de Mededingingswet stelt aan de samenwerking tussen concurrenten, onder andere wat betreft collectieve onderhandelingen tussen concurrenten.<sup>144</sup>
185. Voorts is het denkbaar dat een groepsvrijstelling van toepassing is op de horizontale samenwerking binnen een keten. Of dit het geval is zal per concreet geval bekeken moeten worden aan de hand van de groepsvrijstelling (zie paragraaf 3.3.4).

## *Samenwerking in een gezondheidscentrum*

186. In toenemende mate concentreren eerstelijns zorgaanbieders van verschillende disciplines hun zorgverlening op één plaats. Veelal gebeurt dit door het oprichten van een gezondheidscentrum, waar de patiënt voor uiteenlopende zorgvragen terecht kan. Het is eveneens mogelijk dat zorgaanbieders met betrekking tot 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. Indien 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.
187. Bij de oprichting van een dergelijk vergaand samenwerkingsverband waarbij zorgaanbieders gezamenlijk zorg verlenen, zal de mededingingsrechtelijke beoordeling in beginsel anders van aard 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.
188. Wanneer zorgaanbieders die geen potentiële of daadwerkelijke concurrenten van elkaar zijn (zoals bijvoorbeeld een huisarts, een fysiotherapeut en een apotheek) gezamenlijk een gezondheidscentrum opzetten, bestaan daartegen in beginsel geen mededingingsrechtelijke bezwaren. Het is dan ook bijvoorbeeld toegestaan om als samenwerkingsverband gezamenlijk met de zorgverzekeraar te onderhandelen over het gezamenlijk aan te bieden product of gezamenlijk in te kopen voor zover relevant.
189. Ook in het geval van samenwerking binnen een gezondheidscentrum dienen mogelijke horizontale aspecten niet vergeten te worden. Wanneer niet alleen zorgaanbieders van verschillende disciplines een gezondheidscentrum vormen, maar bovendien meerdere zorgaanbieders van dezelfde discipline

---

<sup>144</sup> Zie rnr. 133.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

deelnemen, bijvoorbeeld drie huisartsen, dan dient de samenwerking op mogelijke horizontale beperkingen eerst beoordeeld te worden, omdat de overeenkomst op grond van het kartelverbod verboden kan zijn.

## 4.4 Rol van de brancheorganisatie

190. In de zorgsector zijn zorgaanbieders en zorgverzekeraars veelal 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 indien een brancheorganisatie de leden ondersteunt met betrekking tot 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.
191. Daar staat tegenover dat brancheorganisaties zelf ook onder de reikwijdte van de Mededingingswet kunnen vallen. In hoofdstuk 3 is toegelicht dat artikel 6 Mw ook van toepassing is op mededingingsbeperkende gedragingen door een brancheorganisatie (nrns. 53-56). Artikel 6 Mw betreft immers overeenkomsten tussen ondernemingen, onderling afgestemd feitelijk gedrag van ondernemingen *en* besluiten van ondernemersverenigingen. Indien een ondernemersvereniging het marktgedrag van haar leden voorschrijft of uit haar handelen een wil tot coördineren van het gedrag van de leden blijkt, is het niet nodig om daarnaast wilsovereenstemming tussen de leden of aanvaarding door de leden aan te tonen.<sup>145</sup> Hoewel de vereniging zelf geen marktactiviteiten hoeft te ontplooiën, kan zij heel wel door eigen optreden de mededinging tussen de leden beperken.<sup>146</sup> Dit staat los van de mogelijkheid dat leden – of een groep leden – de organisatie als forum of dekmantel voor onderlinge kartelafspraken c.q. afstemming gebruikt.<sup>147</sup> Hierna wordt ingegaan op een aantal specifieke vormen van samenwerking waarin de brancheorganisaties een belangrijke rol plegen te spelen. Daarbij wordt vermeld hoe de rol van de brancheorganisatie zich in die gevallen verhoudt tot de Mededingingswet.

### Onderhandelingen over prijzen

192. 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 sprake van een doelbeperking en (in beginsel) van een overtreding van het kartelverbod. Immers, het uitgangspunt is dat iedere ondernemer zelf zijn

---

<sup>145</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer*, zaak 45/85, Jur. 1987, p. 405, r.o. 32.

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> 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

commerciële beleid en prijzen dient vast te stellen, zonder het voorgenomen marktgedrag af te stemmen met zijn concurrenten (de leden van de brancheorganisatie).

*Voorbeeld 20:*

In de regionale vereniging van de tien gevestigde verloskundigenpraktijken in regio X 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.

## **Prijsadviezen**

193. Indien een brancheorganisatie tarieven (dwingend) voorschrijft, of vestigingsplaatsen, respectievelijk werkzaamheden onder haar leden verdeelt, staat dit zoals hiervoor uitgelegd in feite gelijk aan een horizontaal kartel tussen de leden. Minder vanzelfsprekend is het, dat een brancheorganisatie ook geen *collectieve prijsadviezen* aan de leden kenbaar mag maken. Met een collectief prijsadvies wordt bedoeld dat een brancheorganisatie aan alle of meerdere van haar leden adviseert om een bepaalde (minimum)prijs te hanteren. De reden voor deze strenge bejegening is dat – zelfs bij het ontbreken van een afdwingbare verplichting – in beginsel mag worden aangenomen dat het advies of de aanbeveling een ijkpunt vormt voor de prijsstelling van de leden en dat zij hun tarieven daaraan aanpassen ongeacht hun individuele kostenstructuur. Een zorgaanbieder zal immers eerder geneigd zijn een bepaald prijsniveau te handhaven of zelfs zijn prijzen te verhogen, indien hij als gevolg van een prijsadvies van een brancheorganisatie namelijk met een bepaalde mate van zekerheid kan voorzien dat de concurrenten dit ook zullen doen. Hierdoor valt in het geval van een collectief prijsadvies voor de individuele ondernemingen deels de prikkel weg om zo efficiënt mogelijk te werken, waardoor afnemers worden benadeeld en in hun keuzevrijheid worden beperkt.<sup>148</sup> Uitgangspunt van het mededingingsrecht is daarom dat ondernemingen zelfstandig, ieder voor zich, hun gedrag op de markt moeten bepalen.
194. Het bovenstaande is ook van toepassing op individuele prijsadviezen (“op aanvraag”), waarbij ongeacht de individuele situatie steeds hetzelfde tarief wordt aanbevolen. Voorts is het van toepassing op adviezen en aanbevelingen van brancheorganisaties die betrekking hebben op

<sup>148</sup> 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

*onderdelen* van prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen en toeslagen.<sup>149</sup> 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 eveneens op 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.<sup>150</sup> 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 maximumprijzadviezen 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.

195. Dat prijsadviezen in alle genoemde varianten *in beginsel* 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 (merkbaar) beperkt wordt.<sup>151</sup> Een mededingingsbeperkend doel kan blijken uit (subjectieve) intentieverklaringen en motiveringen bij de besluitvorming die tot de aanbeveling leidt. Het doel kan echter ook op objectieve wijze afgeleid worden uit de aard van het besluit onder de gegeven omstandigheden.
196. Er zijn veel factoren die de NMa ingevolge de jurisprudentie<sup>152</sup> in aanmerking neemt bij het beoordelen van een situatie waarin een prijsadvies is gegeven. Daar moet een branchevereniging zich dus ook terdege rekenschap van geven. Het betreft, onder meer:

---

<sup>149</sup> 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.

<sup>150</sup> Wel kan in dat geval discussie ontstaan *ofer* feitelijk sprake is van (een doel tot) coördinatie van prijzen, zie de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006, MEDED 05/2213, 2214 en 2215 WILD op het beroep van NIP, NVVP en LVE tegen het besluit van de d-g NMa van 20 april 2005 in zaak 3309/*brancheverenigingen van psychologen en psychotherapeuten*. De rechtbank stelt in dit verband ook de vraag naar de verwijzende rol van huisartsen en naar de gevolgen van dekking op grond van aanvullende zorgverzekeringen. Ten tijde van de publicatie van de Richtsnoeren is door de NMa hoger hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

<sup>151</sup> Zie 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, *Secon*, 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 in de vorige voetnoot aangehaalde uitspraak in de zaak van NIP c.s.

<sup>152</sup> 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

- de bevoegdheden en taken van de vereniging;
- de dekkingsgraad van het lidmaatschap van de vereniging in verhouding tot het aantal zorgaanbieders in de desbetreffende beroepsgroep;
- de inhoud en bewoordingen van de aanbeveling;
- het feit dat de naleving van de aanbeveling wordt gecontroleerd.<sup>153</sup>

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.

197. Indien in het licht van alle betrokken factoren een mededingingsbeperkend doel of gevolg kan worden vastgesteld, zal de NMa niet behoeven aan te tonen dat zonder de uitgevaardigde adviezen op de markt sprake zou zijn geweest van een andere – lagere – prijsstelling op de markt. Ook zal het de betrokken branchevereniging in dat geval niet baten indien zij claimt dat haar adviezen slechts “vrijblijvend” van aard zijn en dat zij de leden erop heeft gewezen dat het hun vrijstaat van het advies af te wijken.

## *Informatie-uitwisseling*

198. Wanneer een brancheorganisatie beschikt over concurrentiegevoelige informatie, zoals bijvoorbeeld prijsinformatie, van haar leden, kan het toegankelijk maken van die informatie voor de leden afstemming tussen de leden in de hand werken. De uitwisseling van (concurrentiegevoelige) informatie kan immers zoals gezegd 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 of de leveringsvoorwaarden een belangrijke rol.<sup>154</sup> 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 informatie-uitwisseling betrekking heeft. Indien er sprake is van een “oligopolische” 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.

---

<sup>153</sup> 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.

<sup>154</sup> 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## Calculatieschema's

199. Het verstrekken van kosteninformatie door beroepsverenigingen en of brancheorganisaties is in beginsel toelaatbaar onder het kartelverbod, 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. Hierin mag worden opgenomen 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 beginsel 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 immers worden aangemerkt als mededingingsbeperkend, zie rnr. 193 e.v.<sup>155</sup>
200. De ondernemingen mogen niet met elkaar afspreken dat zij alle in het calculatieschema opgenomen posten 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 *moeten worden berekend*. 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.

### *Voorbeeld 21:*

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. Is dit systeem toelaatbaar op grond van de Mededingingswet?

### Antwoord:

Nee, het systeem is niet toelaatbaar op grond van de Mededingingswet. De rollator producenten dienen onafhankelijk van elkaar hun tarieven te 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 efficiencyprikkel onderdrukt.

### *Voorbeeld 22:*

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

<sup>155</sup> Ook hier geldt weer dat de gedraging uiteraard beoordeeld dient te worden in haar economische en juridische context.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

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 haar ervaring is dat veel beginnende fysiotherapeuten meer vakinhoudelijk zijn onderlegd dan dat zij ondernemer zijn en dat zij op voorhand weinig inzicht hebben in de soorten 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. Mag dit?

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.

## *Erkenningsregelingen*

201. De mededingingsregels zijn ook van toepassing op kwaliteitsregelingen zoals certificeringsregelingen<sup>156</sup>, 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 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.
202. De NMa staat in beginsel positief tegenover erkenningsregelingen. Immers, zij kunnen bijdragen aan de kwaliteit van de productie, transparantie, dienstverlening en distributie en de informatievoorziening en keuzemogelijkheden van de afnemer. Erkenningsregelingen kunnen evenwel de concurrentie in de zin van het kartelverbod beperken. Van een mededingingsbeperkend effect is onder meer sprake indien van de erkenningsregeling een (potentieel) uitsluitingseffect uitgaat. Indien een erkenningsregeling voor de activiteiten van de deelnemers op de markt belangrijke economische voordelen met zich brengt die zij niet anderszins zelf kunnen behalen, dan kan een situatie ontstaan waarin het voor niet aan de erkenningsregeling deelnemende ondernemingen moeilijk wordt om zonder deelname aan die regeling op de markt te opereren dan wel om tot de markt toe te treden. Dit zal het geval zijn als de deelnemende ondernemingen een groot deel van de markt vertegenwoordigen én consumenten of zakelijke afnemers de bewuste erkenning als een belangrijke voorwaarde zien om goederen of diensten af te nemen.
203. 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 dient een open karakter te hebben;

---

<sup>156</sup> Waarbij de certificering en de controle op de kwaliteitseisen geschiedt door een onafhankelijke instantie.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

- 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 beslissing over de toelating bij de eerste beoordeling, of nadat erkenning is geweigerd, in beroep.
204. In de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen<sup>157</sup> van de NMa wordt specifiek uiteengezet op welke wijze erkenningsregelingen zich verhouden tot de Mededingingswet.

*Voorbeeld 23:*

Bij een erkenningsregeling van psychologen is 60% 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 is bijvoorbeeld te algemeen verwoord. Het is vooraf niet duidelijk waar een (potentiële) toetreders aan moet voldoen en bovendien is niet uitgesloten dat ook mededingingsbeperkende afspraken hieronder vallen (immers commercieel gedrag dat de praktijkvoering van een collega ondermijnt is juist typerend voor concurrentie). De eis van een erkende opleiding is toegestaan want deze eis kan worden gezien als objectief en niet-discriminair.

---

<sup>157</sup> [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 5 Concentratiecontrole

205. 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 joint ventures in Nederland. In tegenstelling tot het toezicht op grond van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie heeft dit concentratietoezicht een preventief karakter, wat betekent dat de NMa voorafgaand aan de totstandkoming van een concentratie toetst of deze de mededinging kan beperken. Zolang de concentratie niet is gemeld en de NMa de concentratie niet heeft beoordeeld, is het verboden de concentratie tot stand te brengen.
206. In dit hoofdstuk wordt kort uiteengezet wat concentratiecontrole betekent voor ondernemingen in de zorg. In paragraaf 5.1 is beschreven welke vormen van zeggenschapsverkrijging over een andere onderneming kan worden aangemerkt als een concentratie in de zin van de Mededingingswet en wanneer de betreffende verkrijging van zeggenschap moet worden gemeld bij de NMa alvorens die tot stand kan worden gebracht (paragraaf 5.2). Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 de procedure besproken die ondernemingen moeten doorlopen en welke toets wordt uitgevoerd.<sup>158</sup> Dit hoofdstuk wordt afgesloten met mogelijke uitzonderingen waarop partijen zich kunnen beroepen in het concentratietoezicht. Op de website van de NMa, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl), in het *dossier zorg* worden alle besluiten gepubliceerd. In deze besluiten worden de hierna behandelde punten per zaak nader uitgewerkt.

### 5.1 Concentraties

207. 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 voordat zij tot stand mogen worden gebracht.
208. De Mededingingswet onderscheidt drie soorten concentraties: fusies, overnames en bepaalde type 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 gedoeld<sup>159</sup>, 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

---

<sup>158</sup> In de brochure "Spelregels bij concentratiezaken" wordt nader ingegaan op de procedure omtrent concentratiecontrole. Deze brochure is te vinden op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

<sup>159</sup> Zie ook Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "concentratie" in Verordening EEG nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 66 van 2 maart 1998, p. 5.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

belangrijke beslissingen zoals omtrent het benoemen en ontslaan van bestuurders en het goedkeuren van het bedrijfsplan en het budget.<sup>160</sup>

209. 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. 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 tot het samengaan van de betrokken ondernemingen in een werkelijke economische eenheid leidt, wordt de operatie als een fusie beschouwd.<sup>161</sup> In hoofdstuk 4 (rnr. 126-128) is nader ingegaan op de vraag wanneer er sprake is van één economische eenheid.

*Voorbeeld 24:*

Stichting Ziekenhuis A en Stichting Ziekenhuis B zijn voornemens 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 meldingsplichtige concentratie in de zin van de Mededingingswet. Dit is het geval indien 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.

210. Bij een overname verkrijgt een onderneming zeggenschap over een andere onderneming, bijvoorbeeld door het kopen van een pakket aandelen. Het verkrijgen van de zeggenschap houdt in dat die partij een beslissende invloed krijgt op de activiteiten van de over te nemen onderneming.
211. 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 duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen.<sup>162</sup> Indien een joint venture alleen wordt opgericht om bijvoorbeeld de administratie of andere ondersteunende diensten

---

<sup>160</sup> Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "concentratie" in Verordening EEG nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 66 van 2 maart 1998, p. 5, rnr. 23.

<sup>161</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur NMa van 28 juli 2006 in zaak 5206/*Stichting Pantein- Stichting Thuiszorg Brabant Noord-Oost*.

<sup>162</sup> Zie ook Mededeling van de Commissie inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van Verordening EEG nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb C 66 van 2 maart 1998, p. 1.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

uit te voeren, zonder dat de joint venture ook activiteiten voor andere ondernemingen dan de oprichtende instellingen uitvoert, is geen sprake van een onderneming die zelfstandig actief is op de markt. Op de samenwerking is dan mogelijk het karteltoezicht van toepassing.

## 5.2 Drempels en meldingsplicht

212. Het concentratietoezicht is 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. De Minister van Economische Zaken heeft besloten om deze drempelwaarden voor de zorgsector met ingang van 1 januari 2008 voor een periode van 5 jaar te verlagen<sup>163</sup>. Dit houdt in dat een concentratie in de zorgsector vanaf 1 januari 2008 bij de NMa moet worden gemeld indien de ondernemingen gezamenlijk in het kalenderjaar voorafgaand aan de concentratie in totaal meer dan EUR 55.000.000 wereldwijd omzetten en minstens twee van hen binnen Nederland elk een jaaromzet van minimaal EUR 10.000.000 realiseren. Deze omzeldrempels maken geen onderscheid naar omzet die gegenereerd wordt binnen en buiten de zorg. Ook omzet die gegenereerd wordt buiten de zorg dient te worden meegerekend. Eerder is reeds uiteengezet hoe de betrokken omzet moet worden bepaald. Indien de omzetten van de betrokken ondernemingen niet boven de genoemde drempelwaarden uitkomen, behoeft een concentratie niet vooraf te worden gemeld bij de NMa.<sup>164 165</sup>
213. De verlaagde omzeldrempels gelden echter enkel voor concentraties waarbij ten minste twee van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar met het verlenen van zorg, ieder afzonderlijk een omzet hebben behaald van meer dan EUR 5.500.00,00.<sup>166</sup> Met het verlenen van zorg wordt bedoeld het verlenen van AWBZ-zorg<sup>167</sup>, het verlenen van gezondheidszorg, zoals in ziekenhuizen, door huisartsen en apothekers<sup>168</sup> en het verlenen van huishoudelijke zorg, gefinancierd uit de Wet Maatschappelijke Ondersteuning, zoals door thuiszorgorganisaties<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> Zie hiervoor voetnoten 70 en 71.

<sup>165</sup> 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 "Toezicht op concentraties" van de NMa wordt nader ingegaan op de hoogte van de Europese drempels. [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl) en [www.ec.europa.eu/comm/competition](http://www.ec.europa.eu/comm/competition).

<sup>166</sup> Dit criterium voorkomt dat concentraties tussen ondernemingen wiens totale omzet boven de verlaagde drempels valt, maar waarvan slechts een zeer gering aandeel uit zorgactiviteiten wordt behaald een meldingsplicht hebben, terwijl de verlaging van de omzeldrempels in de zorg daar evident niet voor is bedoeld.

<sup>167</sup> Zorg als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel a tot en met l, van het Besluit zorgaanspraken AWBZ.

<sup>168</sup> Zorg als bedoeld in artikel 10 van de Zorgverzekeringswet.

<sup>169</sup> Zorg als bedoeld in artikel 1, sub h, van de Wet maatschappelijke ondersteuning.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 5.3 Procedure en inhoudelijke toets

214. De procedure voor toetsing van concentraties bestaat uit de meldingsfase en eventueel uit de vergunningsfase.

### *Meldingsfase*

215. Ondernemingen die een concentratie boven de drempel tot stand willen brengen, moeten hun voornemen daartoe 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. In de praktijk kan de termijn van behandeling derhalve langer zijn dan de genoemde vier weken.
216. Indien een concentratie tot stand wordt gebracht zonder dat melding aan de NMa heeft plaatsgevonden, of zonder dat de wachtperiode is gerespecteerd, moet de uitvoering van de concentratie worden ongedaan gemaakt én kan de NMa een boete en/of last onder dwangsom opleggen.
217. In de meldingsfase onderzoekt de NMa of er reden is om aan te nemen dat door de concentratie *de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie*. De NMa doet in dit verband onder meer onderzoek naar de positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markten<sup>170</sup> waarop de ondernemingen actief zijn, de posities van andere aanbieders op die markten, de mate waarin afnemers en leveranciers afhankelijk zijn van de nieuw te vormen onderneming en de mogelijkheden van derden om tot de markt toe te treden. Bij haar onderzoek zal de NMa in veel gevallen ook andere spelers in de markt of bijvoorbeeld het zorgkantoor benaderen.
218. Indien de daadwerkelijke mededinging niet op een significante wijze zal 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. Indien de mededinging wel op een significante wijze kan worden belemmerd, zal de NMa de betrokken ondernemingen berichten dat voor de 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.
219. In de praktijk is gebleken dat betrokken ondernemingen, na kennisgeving door de NMa dat zij voornemens is om een vergunningseis te stellen, veelal 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

---

<sup>170</sup> In hoofdstuk 3 (nrns. 57-79) is reeds ingegaan op het begrip relevante markt.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

meldingsfase kan worden gegeven.<sup>171</sup> Op grond van artikel 37, vierde en zesde lid, Mw is er een bevoegdheid gecreëerd om 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.

220. 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.

## *Vergunningsfase*

221. De vergunning dient te worden aangevraagd bij de NMa. Op een vergunningsaanvraag moet 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 indien voor de beoordeling benodigde vragen worden gesteld aan de betrokken ondernemingen.
222. 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 als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. In deze fase is een grondiger onderzoek mogelijk en noodzakelijk.
223. Alleen in het geval uiteindelijk geen sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt(en), wordt een vergunning verleend en mogen de betrokken ondernemingen de concentratie tot stand brengen. Wordt de vergunning niet verleend dan blijft het verboden de concentratie tot stand te brengen en moet de voorgenomen concentratie worden afgeblazen.
224. De betrokken ondernemingen hebben de mogelijkheid een zogenoemde remedie aan te bieden. In sommige gevallen kan de NMa namelijk ook een vergunning verlenen onder beperkingen en/of met voorschriften (remedies). De remedies die door de NMa aan een vergunning kunnen worden verbonden, strekken ertoe partijen te verplichten maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de concentratie zal 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.<sup>172</sup> Het initiatief tot het doen van voorstellen voor

---

<sup>171</sup> Zie de Richtsnoeren Remedies 2007. [www.nmanet.nl](http://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 NMa van 31 juli 2006 in zaak 5206/*Stichting Pantein- Stichting Thuiszorg Brabant Noord-Oost*.

<sup>172</sup> Zie de Richtsnoeren Remedies 2007 voor aan een vergunning te verbinden beperkingen en voorschriften, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

remedies ligt bij partijen. Indien partijen niet of niet tijdig aan de voorwaarden voldoen, is alsnog een vergunning vereist.

## *Zienswijze NZa*

225. De NMa zal de NZa zowel in de meldings- als vergunningsfase 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, zoals de betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg, zullen ontstaan. De NZa houdt bij het geven van haar zienswijze rekening met eventuele opmerkingen van de IGZ. De NMa zal de zienswijze van de NZa in haar beoordeling betrekken. Indien er verschillende inzichten bestaan, zal de NMa een eventuele afwijking van de zienswijze in haar besluit gemotiveerd aangeven.<sup>173</sup>

## 5.3.1 Is er sprake van een significante belemmering van de concurrentie?

226. De toets die de NMa uitvoert in het kader van concentratiecontrole is of er reden is om aan te nemen dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Een onderneming beschikt over een economische machtspositie als deze in staat is de instandhouding van een 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.<sup>174</sup> Eén onderneming kan over een economische machtspositie beschikken, maar ook meerdere ondernemingen kunnen gezamenlijk over een economische machtspositie beschikken. Er is dan sprake van een collectieve machtspositie.<sup>175</sup>
227. Van een economische machtspositie kan sprake zijn indien een onderneming over een hoog marktaandeel op de relevante markt beschikt. Dit kan zich manifesteren op de aanbodzijde en op de vraagzijde van de relevante markt. In dat laatste geval wordt wel gesproken van inkoopmacht.
228. Ondernemingen in de zorg, zoals zorgverzekeraars, zorgaanbieders, zorginstellingen, leveranciers van hulpmiddelen, geneesmiddelen of automatisering kunnen een economische machtspositie hebben. Zo kan een aanbieder van intramurale zorg bijvoorbeeld over een economische machtspositie beschikken op de markt voor intramurale verplegingshuiszorg. Een verzekeraar kan bijvoorbeeld beschikken over een economische machtspositie op de zorgverzekeringsmarkt, de markt waarop de zorgverzekeraar zorgverzekeringen aanbiedt aan consumenten.
229. Indien de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou belemmeren, zal er geen vergunning voor de concentratie worden verleend en kan de concentratie derhalve niet (in de bij de NMa gemelde vorm) doorgaan.

---

<sup>173</sup> Zie ook het tussen de NMa en NZa overeengekomen Samenwerkingsprotocol NZa - Nma op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

<sup>174</sup> Zie de definitie in artikel 1, onder *i*, van de Mededingingswet. Zie ook het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, Jur. 1978, p. 201, r.o. 65. Onder bepaalde omstandigheden kan ook sprake zijn van een collectieve economische machtspositie.

<sup>175</sup> Zie het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 6 juni 2002, *Airtours v. Commissie GEA*, T-342/99, Jur. 2002, p. 2585. Zie ook het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 13 juli 2006, *Impala v. Commissie*, T-464/04, Jur. 2006, p. 2289.



# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 5.3.2 Factoren om een economische machtspositie te bepalen

230. Om te bepalen of er sprake is van een economische machtspositie dient allereerst de relevante markt te worden afgebakend. In hoofdstuk 3 is reeds ingegaan op het afbakenen van relevante markten en zijn enkele voorbeelden gegeven. Zo is weergegeven dat er bijvoorbeeld een markt bestaat voor zorgverzekeringen die mogelijk moet worden onderverdeeld naar aparte markten voor de basisverzekering en de aanvullende zorgverzekering, voor individuele en collectieve zorgverzekeringen en markten voor zorgverzekeringen in natura en restitutieverzekeringen. Andere voorbeelden zijn de markten voor farmaceutische hulpverlening, intra- en extramurale gehandicaptenzorg, algemene ziekenhuiszorg, GGZ voor kinderen en jeugdigen en huishoudelijke verzorging. Met betrekking tot het afbakenen van geografische markten is onder meer aangegeven dat reisgedrag van bijvoorbeeld cliënten belangrijk is. Dit is onder meer afhankelijk van het soort zorg en de duur van de te verlenen zorg. Ook echter de reisbereidheid van extramurale aanbieders is relevant.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

*Voorbeeld 25:*

Twee ondernemingen die zorg voor verstandelijk gehandicapten aanbieden zijn voornemens om te gaan fuseren. Het concentratietoezicht is op de betreffende 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 huizen van de betrokken partijen. Tevens bleek uit wetenschappelijk onderzoek dat sociale netwerken van cliënten van grote betekenis zijn binnen de behandeling en ondersteuning en dat cliënten bijna allemaal hun familie aanwijzen als belangrijkste relatie. Omgekeerd bleek de betrokkenheid van de familie van cliënten in de huizen groot. Uit het verrichte onderzoek volgde de veronderstelling dat het aannemelijk is dat de geografische markt een klein gebied rond de betrokken instellingen betrof.

231. Bij het bepalen van de positie van de betrokken onderneming op de relevante markt, spelen diverse factoren een rol. Met name de marktstructuur en de daaruit af te leiden marktaandelen op de relevante markt zijn indicatoren voor het vaststellen van een economische machtspositie. In het algemeen duiden zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op het bestaan van een economische machtspositie.<sup>176</sup>
232. Het marktaandeel moet in zijn context worden gezien om te beoordelen of sprake is van een economische machtspositie. Door het marktaandeel over een langere periode te bestuderen kan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met mogelijke sterke fluctuaties daarvan. Bovendien kan een hoog marktaandeel onder meer worden gecompenseerd door (potentiële) toetreding, de posities van concurrenten en de positie van de afnemers. Het is mogelijk dat de concurrenten eveneens 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. Indien de afnemers van de betrokken onderneming sterke spelers zijn, zijn zij mogelijk in staat het gedrag van de betrokken onderneming te disciplineren.

---

<sup>176</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 3 juli 1991, *AKZO*, C- 62/86, Jur. 1991, p. 3359.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

*Voorbeeld 26:*

Twee ondernemingen die beiden AWBZ-zorg aanbieden zijn voornemens om te gaan fuseren. Het concentratietoezicht is op de betreffende concentratie van toepassing. De betreffende ondernemingen betogen dat het zorgkantoor over een zekere mate van inkoopmacht 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 inkoopmacht bij de beoordeling van een concentratie?

Antwoord:

Inkoopmacht kan inderdaad in bepaalde gevallen een relativerende factor zijn voor het ontstaan of versterken van economische machtsposities. 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 inkoopmacht kan effectueren. Voorts dient hierbij te worden opgemerkt dat het zorgkantoor afhankelijk is van de bereidheid van de cliënten om zorg af te nemen van een andere zorgaanbieder. Bovendien kan de inkoopmacht van het zorgkantoor ook door andere factoren worden beperkt, bijvoorbeeld door langlopende contracten met de betreffende aanbieders.

233. Het is ook mogelijk dat een onderneming met een relatief laag marktaandeel over een economische machtspositie beschikt. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin marktaandelen van concurrenten versnipperd zijn of de betrokken onderneming beschikt over de in het vorige randnummer genoemde voordelen ten opzichte van de concurrenten. In alle gevallen is dan ook een 'case by case' -benadering noodzakelijk.
234. Naast bovengenoemde aspecten moeten ook de toetredingsmogelijkheden tot de betrokken markt in het onderzoek worden meegenomen. Immers, het is mogelijk dat een onderneming een aanzienlijk deel van de markt bezit, 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 kan de onderneming geen misbruik van haar eventuele machtspositie maken. Deze conclusie kan anders luiden indien de markt wordt gekenmerkt door (hoge) toetredingsdrempels. Indien er sprake is van (hoge) toetredingsdrempels betekent dit dat het moeilijk is voor nieuwe toetreders om tot de betreffende markt toe te treden. Toetredingsdrempels kunnen in verschillende vormen en om verschillende redenen voorkomen. Toetredingsdrempels kunnen bijvoorbeeld bestaan als gevolg van wet- en regelgeving. Een voorbeeld daarvan is het geval waarin een nieuwe toetreders aan hoge financiële (solvabiliteits)eisen moet voldoen om te kunnen toetreden. Toetredingsdrempels kunnen ook gelegen zijn in het feit dat een nieuwe toetreders grote investeringen moet doen.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 5.4 Uitzonderingsgronden

### *Efficiëntieverbeteringen*

235. De Mededingingswet biedt ruimte voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen die een concentratie met zich mee kan brengen. Dergelijke efficiëntieverbeteringen kunnen een tegenwicht bieden tegen de nadelige effecten op de mededinging. Partijen kunnen – indien er mogelijke problemen worden voorzien – een zogenaamd ‘efficiëntieverweer’ voeren. Voor acceptatie van het efficiëntieverweer moet door partijen worden aangetoond dat de efficiëntieverbeteringen ten voordele komen van de consument en daarmee de negatieve effecten op de mededinging tegengaan. Daarnaast moeten de verbeteringen specifiek uit de concentratie voortvloeien en niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentie beperkende middelen. Ten slotte moeten de verbeteringen verifieerbaar zijn. Het is aan partijen om de NMa daarvan te overtuigen.
236. Het is mogelijk dat onder ‘efficiëntieverbeteringen’ ook kwaliteitsverbeteringen moeten worden gezien. Partijen moeten dan (verifieerbaar) kunnen aantonen dat als gevolg van de concentratie de kwaliteit dermate verbetert dat de negatieve mededingingseffecten worden gecompenseerd. Verder geldt ook hier als voorwaarde dat dergelijke kwaliteitsvoordelen slechts via de totstandbrenging van de concentratie kunnen worden behaald. Mogelijk kunnen de kwaliteitsvoordelen via minder vergaande samenwerkingsvormen worden behaald (zie hoofdstuk 4 voor toegestane samenwerkingsvormen). Ten slotte moeten de partijen kunnen aantonen hoe groot de kwaliteitsverbeteringen zijn en dat ze aan de consument worden doorgegeven.
237. In het kader van de hierboven bedoelde beoordeling van mogelijke kwaliteitsvoordelen kan de NMa de expertise van de IGZ inroepen. Als toezichthouder op de kwaliteit, veiligheid en toegankelijkheid van de gezondheidszorg is IGZ beter uitgerust om de (veranderingen in) kwaliteit van de zorg te beoordelen. De rol van de IGZ bij het concentratietoezicht is gegeven doordat de NZa bij het geven van haar zienswijzen rekening houdt met opmerkingen van de IGZ.

### *Diensten van algemeen economisch belang*

238. Indien ten minste één van de bij een concentratie betrokken ondernemingen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, kan een vergunning slechts worden geweigerd indien die weigering van de vergunning de vervulling van de hun toevertrouwde taak niet verhindert (zie artikel 41, derde lid, Mw). Uit de jurisprudentie blijkt dat uitzonderingen op de algemene regel, waardoor de werking van het mededingingsregime wordt beperkt, restrictief moeten worden uitgelegd.
239. Wil de uitzondering van artikel 41, derde lid, Mw van toepassing zijn dan moeten de volgende drie cumulatieve voorwaarden zijn vervuld:
- i) er dient sprake te zijn van een dienst van algemeen economisch belang;
  - ii) er dient ten minste één betrokken onderneming *belast* te zijn met deze dienst van algemeen economisch belang bij wettelijk voorschrift of door een besluit van een bestuursorgaan<sup>177</sup>; en

---

<sup>177</sup> 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.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

iii) er dient aangetoond te worden dat de uitoefening van de dienst van algemeen economisch belang wordt verhinderd wanneer de vergunning wordt geweigerd.

240. Artikel 41, derde lid, Mw behelst een uitzondering op de onverkorte toepassing van de Mededingingswet, welke zoals hiervoor reeds is aangegeven, beperkt dient te 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 EG-mededingingsrecht aanvaarde criteria.<sup>178</sup>
241. Ten slotte moet opgemerkt worden dat het verweer omtrent de dienst van algemeen economisch belang eveneens kan gelden voor een onder artikel 6 Mw verboden kartelafsprak. Wil het verweer aldaar een kans van slagen hebben, zullen partijen aan vergelijkbare criteria moeten voldoen. Zie hiervoor rnr. 116-120.

## *Failing firm – verweer*

242. Partijen die zijn betrokken bij een voorgenomen concentratie en die zware financiële problemen hebben, kunnen in uitzonderingssituaties een beroep doen op het *failing firm-verweer* (reddingsfusieverweer)<sup>179</sup>. Dit verweer houdt in dat de concentratie noodzakelijk is voor de in moeilijkheden verkerende onderneming om te kunnen blijven bestaan. Een van de vereisten om een concentratie op deze grond toe te staan, is dat de vermindering van de mededinging(sstructuur) die op de concentratie volgt, niet het gevolg is van de concentratie. Dit is denkbaar in het geval dat de mededinging zonder de concentratie minstens in even sterke mate zou verminderen, doordat de in problemen verkerende aanbieder van de markt zal verdwijnen en daarmee de concurrentiedruk in een markt zal afnemen.
243. Om een beroep te kunnen doen op deze uitzondering moeten partijen kunnen aantonen dat is voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden:
1. de financiële problemen zijn zodanig dat de onderneming zonder overname daardoor onherroepelijk van de markt verdwijnt;
  2. de overnemende onderneming zou ook zonder overname het volledig marktaandeel van de over te nemen onderneming verwerven;
  3. er bestaat geen minder concurrentiebeperkend overname-alternatief (de in problemen verkerende aanbieder kan bijvoorbeeld door een minder grote concurrent worden overgenomen, waardoor er geen sprake is van een significante verslechtering van de mededinging).
244. Bovenstaande verweren dienen op basis van het door partijen aangeleverde materiaal te worden beoordeeld.

---

<sup>178</sup> Memorie van toelichting Mededingingswet, pagina 27.

<sup>179</sup> Zie ook de Richtsnoeren van de Europese Commissie 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, p. 5.

# RICHTSNOEREN VOOR DE ZORGSECTOR

## 6 Slotbepalingen

### *Publicatie*

245. De Richtsnoeren voor de zorgsector zullen in de staatscourant worden gepubliceerd.

### *Inwerkingtreding*

246. De Richtsnoeren voor de zorgsector treden in werking met ingang van de tweede dag na dagtekening van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst.<sup>180</sup>

### *Beleidsregels*

247. Deze Richtsnoeren bevatten beleidsregels in de zin van artikel 4:81, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht, welke zijn vastgesteld met betrekking tot een aan de NMa toekomende of onder haar verantwoordelijkheid uitgeoefende dan wel door haar gedelegeerde bevoegdheid. In een later stadium kunnen aanvullende of herziene Richtsnoeren worden gepubliceerd.

### *Intrekking Richtsnoeren voor de zorgsector 2002*

248. De Richtsnoeren voor de zorgsector 2002 worden ingetrokken.

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, 10 december 2007

P. Kalbfleisch

R.J.P. Jansen

G.J.L. Zijl

---

<sup>180</sup> zie voetnoot 1.