

## ARTIKELEN

# Mededingingstoezicht op maatschappen van zorgaanbieders: welke rol is weggelegd voor ACM respectievelijk NZa?\*

Mr. dr. E.M.H. Loozen\*\*

## 1. Inleiding

De maatschap is een vaak voorkomende organisatievorm bij zorgaanbieders. In een zorgstelsel dat uitgaat van gereguleerde concurrentie roept dit de vraag op hoe met deze maatschappen om te gaan in het mededingingstoezicht. Behalve voor nuttige samenwerking kunnen maatschappen immers ook als vehikel dienen om de mededinging te beperken waardoor de niet-mededingingsbelangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van zorg in gevaar komen. In dit artikel wordt uiteengezet hoe de maatschap in het Nederlandse algemene en zorgspecifieke mededingingsrecht moet worden gepositioneerd. Dit gebeurt aan de hand van twee actuele casusposities. De eerste casuspositie betreft de op grote schaal voorkomende fusies tussen maatschappen van vrijgevestigde medisch specialisten van verschillende ziekenhuizen. Door het aangaan van zogeheten brugmaatschappen zijn de betrokken specialisten in meer dan één ziekenhuis werkzaam waardoor de mogelijkheden van zorginkoop door zorgverzekeraars kunnen worden beperkt. In geval van een brugmaatschap onderhandelen zorgverzekeraars aan de 'voorkant' weliswaar nog steeds met verschillende ziekenhuizen. Aan de 'achterkant' wordt de betreffende zorg echter door dezelfde specialisten geleverd. Hierdoor neemt het aantal keuzemogelijkheden voor zorgverzekeraars af, zeker wanneer – zoals bij de meeste brugmaatschappen het geval is – bepaalde vormen van zorg nog slechts op één plek zullen worden aangeboden.<sup>1</sup> De tweede casuspositie betreft een maatschap van huisartsen die misbruik maakt van aanmerkelijke marktmacht door te weigeren patiënten naar een internetapotheek door te verwijzen. In haar recente besluit *Thuisapotheek – Huisartsenpraktijk Prinsenbeek* heeft de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) de betrokken huisartsengroep verplicht patiënten naar de apotheek van hun keuze door te verwijzen.<sup>2</sup>

\* Dit artikel is een bewerking van het mededingingsrechtelijke onderzoek dat is gedaan in opdracht van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en zijn beslag heeft gekregen in het iBMG-onderzoeksrapport van 26 maart 2013: M. Varkevissers, S. van der Geest, E. Loozen, I. Mosca en E. Schut, *Instellingsoverstijgende maatschappen. Huidige ontwikkelingen, mogelijke gevolgen en de aanpak van eventuele mededingingsproblemen*. De opvattingen die in dit artikel zijn weergegeven komen geheel en al voor rekening van de auteur en komen niet noodzakelijkerwijs overeen met die van de NZa. Reacties op dit artikel zijn welkom op [loozen@bmg.eur.nl](mailto:loozen@bmg.eur.nl).

\*\* Edith Loozen is universitair docent bij het instituut Beleid & Management Gezondheidszorg (iBMG).

1 Uitgebreid hierover: het iBMG-onderzoeksrapport, supra.

2 Besluit van de NZa van 11 juli 2013 *Thuisapotheek – Huisartsenpraktijk*, te vinden op [www.nza.nl](http://www.nza.nl).

Hierna wordt in twee onderdelen uiteengezet welke toezichthouder op grond van welk mededingingsinstrument wat wel/niet kan ondernemen om beperkingen van de mededinging door (de vorming van) maatschappen tegen te gaan. In het eerste onderdeel (par. 2) wordt ingegaan op het algemene mededingingstoezicht onder de Mededingingswet (Mw). Hier staat de vraag centraal of de Autoriteit Consument & Markt (ACM)<sup>3</sup> maatschapsfusies die tot brugmaatschappen leiden onder het kartelverbod dan wel het concentratietoezicht uit de Mw moet beoordelen. In het tweede onderdeel (par. 3) wordt onderzocht welke mogelijkheden de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) biedt voor mededingingstoezicht op maatschappen in de zorgsector. Hier wordt ook nagegaan in hoeverre artikel 48 en 45 Wmg een zorgspecifiek alternatief behelzen voor de toepassing van het kartelverbod uit de Mw.

## 2. Maatschappen en mededingingstoezicht onder de Mw

De Mw heeft ten doel de concurrentie te beschermen en zo de consumentenwelvaart te bestendigen (in de zorgsector: de welvaart van patiënten en verzekerden). Uitgangspunt is dat markten alleen in het algemeen belang (in de zorgsector: de zorgbelangen) werken wanneer sprake is van effectieve concurrentie. Deze concurrentie is in het geding wanneer het optreden van ondernemingen tot marktmacht leidt.<sup>4</sup> In dit onderdeel gaat het om de vraag op grond van welk mededingingsinstrument moet worden beoordeeld of een brugmaatschap tot marktmacht leidt.<sup>5</sup> Onder het kartelverbod neergelegd in artikel 6 Mw dat ertoe dient om de mededingingsgevolgen van afgestemd marktgedrag te beoordelen? Of onder het concentratietoezicht neergelegd in hoofdstuk 5 Mw dat ertoe dient om de gevol-

- 3 De ACM is de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) als het gaat om de handhaving van de Mw. In het kader van de leesbaarheid worden de eerder door de NMA genomen besluiten en beleidsdocumenten in dit artikel aan de ACM toegeschreven.
- 4 Bij de toepassing van de mededingingsregels gaat het niet om de handhaving van volledig vrije mededinging (een situatie waarin marktmacht ontbreekt), maar van effectieve mededinging (een situatie waarin marktmacht wel mogelijk is, maar niet tot een vermindering van de welvaart van patiënten en verzekerden leidt). De reden daarvoor is dat marktmacht een normaal verschijnsel is. Marktmacht is ook niet altijd slecht. Marktwerking kan bijvoorbeeld ertoe leiden dat een zorgaanbieder/verzekeraar die een beter product, een betere service of lagere prijzen hanteert, marktmacht verwerft. Zo'n positie kan voordelig zijn voor patiënten en verzekerden omdat deze voor andere zorgaanbieders/verzekeraars namelijk een prikkel vormt om steviger te concurreren. Verder kunnen overwinsten aanleiding zijn voor nieuwe marktpartijen om toe te treden tot de markt. Waar het bij de toepassing van de mededingingsregels dus eigenlijk om gaat is – zoals ik dat eerder heb genoemd – 'goede marktmacht' van 'slechte marktmacht' te onderscheiden. 'Goede marktmacht' staat voor gedragingen en concentraties die ondanks een toename in marktmacht toch wenselijk zijn omdat deze niet tot een vermindering van de welvaart van patiënten en verzekerden zullen leiden. 'Slechte marktmacht' staat voor gedragingen en concentraties die behalve tot een toename in marktmacht ook tot een vermindering van de welvaart van patiënten en verzekerden zullen leiden en dus niet wenselijk zijn. Meer over de welvaartseconomische benadering van de Mw: E. Loozen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen onder het kartelverbod', *NJB* 2011, p. 293-298.
- 5 Uitgangspunt is dat hierbij geen sprake is van een situatie waarin een groot deel van de maatschappen van de betrokken ziekenhuizen fusieren waardoor sprake kan zijn van een concentratie tussen de betrokken ziekenhuizen.

gen van transacties te beoordelen die leiden tot een wijziging in de structuur van de betrokken ondernemingen?<sup>6</sup>

Cruciaal voor de beantwoording van deze vraag is de zogeheten economische eenheid-doctrine. Een economische eenheid is een 'unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft [...].<sup>7</sup> Op grond van deze doctrine is het gedragstoezicht zoals neergelegd in artikel 6 Mw (maar ook artikel 24 Mw en 48 Wmg), alleen van toepassing op relaties tussen ondernemingen die niet tot dezelfde economische eenheid behoren en dus onafhankelijk van elkaar zijn als het gaat om het bepalen van hun marktgedrag.<sup>8</sup> Structuurtoezicht zoals neergelegd in hoofdstuk 5 Mw is alleen aan de orde wanneer een transactie tot een blijvende wijziging van zeggenschap leidt in een onderneming waardoor een nieuwe of andere economische eenheid tot stand komt.<sup>9</sup>

### 2.1 Koerswijziging ACM

Uitgangspunt voor mededingingsrechtelijke analyse in dit artikel is dat vrijgevestigde medische specialisten en ziekenhuizen economische activiteiten verrichten en dus ondernemingen zijn in de zin van artikel 1 sub f Mw.<sup>10</sup> Maar hoe zit het met de mededingingsrechtelijke relatie tussen beide en hoe zit het met de mededingingsrechtelijke status van maatschappen van specialisten? De ACM heeft de mededingingsrechtelijke relatie tussen specialist en ziekenhuis eerder als een relatie tussen toeleverancier en inkoper gekwalificeerd.<sup>11</sup> Deze kwalificatie berust op de veronderstelling dat specialist en ziekenhuis onafhankelijke ondernemingen zijn en de specialist/toeleverancier in beginsel als onafhankelijke aanbieder op de markt optreedt.<sup>12</sup> Voorts ging de ACM ervan uit dat

'[d]e maatschap en de maten één onderneming [vormen] wanneer de maten ieder voor zich geen commerciële vrijheid meer hebben en zelfstandig geen commerciële besluiten meer kunnen nemen. Gekeken moet worden naar de invloed van de maatschap op de beslissingen die van belang zijn voor het strategische commerciële gedrag van de "maat". Om te kunnen spreken van één onderneming is het niet voldoende dat de maten hun beslissingsvrijheid op slechts een enkel terrein overdragen aan de maatschap en voor het overige alle commerciële vrijheid behouden.'<sup>13</sup>

- 6 In de zorgsector heeft toezicht op aanmerkelijke marktmacht krachtens art. 18 lid 2 jo. lid 1 Wmg voorrang op toezicht op misbruik van economische machtspositie zoals neergelegd in art. 24 lid 1 Mw. Toezicht op aanmerkelijke marktmacht komt in par. 3 ter sprake.
- 7 Gerecht EU 20 maart 2002, nr. T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487 (*HFB*), punt 54.
- 8 HvJ EU 24 oktober 1996, nr. C-73/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5457 (*Vihio*), punt 54.
- 9 Deze voorwaarde vormt de aanhef van de definitie van een concentratie in artikel 3 lid 1 van Verordening 139/2004, maar ontbreekt vreemd genoeg in hoofdstuk 5 van de Mw. Vgl. Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2008, C 95/1, rnr. 7-11.
- 10 HvJ EU 12 september 2000, nr. C-180/98 e.v., *Jur.* 2000, p. I-6497 (*Pavlov*), punten 76-77; ACM Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector*, nr. 3128/55, januari 2004, rnr. 24; ACM *Richtsnoeren voor de zorgsector*, maart 2010, rnr. 62.
- 11 ACM Visiedocument *Concurrentie in de ziekenhuissector*, rnr. 29.
- 12 Bekendmaking van de Commissie betreffende toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1 EEG, *PbEG* 1979, C1/2.
- 13 ACM *Richtsnoeren voor de zorgsector*, 2010, rnr. 241.

Hieruit is afgeleid dat specialisten een nieuwe economische eenheid vormen wanneer zij een maatschap aangaan. Fusies tussen zulke maatschappen werden vervolgens geacht onder het concentratietoezicht te vallen. Omdat maatschappen van specialisten in het algemeen onder de omzetrempels van het concentratietoezicht blijven, ontsnapten fusies tot brugmaatschappen voornamelijk aan het mededingingstoezicht.<sup>14</sup>

Inmiddels heeft de ACM haar standpunt genuanceerd. In de recente goedkeuringsbesluiten van de fusies tussen respectievelijk *TweeStedenziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis* en *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis* wordt opgemerkt dat specialist en maatschap een economische eenheid vormen met het ziekenhuis.<sup>15</sup> Een koerswijziging die zijn beslag heeft gekregen in de ‘ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen’.<sup>16</sup> Met als gevolg dat het aangaan van een brugmaatschap niet langer onder het concentratietoezicht zal worden beoordeeld, maar onder het kartelverbod.<sup>17</sup>

Deze koerswijziging wordt echter niet door iedereen toegejuicht. Zo is bijvoorbeeld opgemerkt dat de ACM aldus een nieuwe drempel opwerpt voor gewenste samenwerking in de zorg.<sup>18</sup> Is dat zo? Maatgevend voor de beantwoording van die vraag is of een fusie tussen maatschappen van specialisten tot een concentratie leidt in de zin van artikel 27 Mw. Dit begrip vervult immers een poortwachtersrol door transacties die onder het structuurtoezicht moeten worden beoordeeld te onderscheiden van transacties die onder het gedragstoezicht moeten worden beoordeeld. Dienovereenkomstig is de koerswijziging alleen dan onterecht wanneer de totstandkoming van een brugmaatschap in een concentratie resulteert. In dat geval is immers structuurtoezicht aangewezen, geen gedragstoezicht. In casu dienen zich twee mogelijkheden aan voor de aanwezigheid van een concentratie. De eerste mogelijkheid haakt aan bij de fuserende maatschappen: er is sprake van een concentratie wanneer de totstandbrenging van een brugmaatschap moet worden aangemerkt als een fusie tussen twee voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen in de zin van artikel 27 lid 1 sub a Mw. De tweede mogelijkheid haakt aan bij de betrokken ziekenhuizen: de totstandbrenging van een brugmaatschap moet worden aangemerkt als een gemeenschappelijke onderneming (beter bekend als *joint venture*) in de zin van artikel 27 lid 2 Mw.<sup>19</sup> Hierna wordt uiteengezet waarom zich in geval van een brugmaatschap géén van beide mogelijkheden voordoet.

- 14 Vgl. W. VerLoren van Themaat en B. Reuder, ‘NMa scheidt onzekerheid over maatschapfusies’, *Zorgvisie* weekoverzicht 49, 2012; News Update Houthoff Buruma, week 50, 2012; P. Van de Poel, ‘Megamaatschap doet stille machtsgreep’, *Skipr* 5(2013): 11-17.
- 15 Besluiten van de ACM van 2 november 2012 in zaak 7295 *TweeStedenziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis* en zaak 7332 *Ziekenhuis – Kennemer*.
- 16 *ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen. Waarom directies van ziekenhuizen verantwoordelijk zijn voor de afspraken van maatschappen van verschillende ziekenhuizen*. Deze ACM-lijn is samen met het NZa Conceptadvies Integrale tarieven medisch specialistische zorg 2015 en het eerdergenoemde iBMG-rapport van 26 maart 2013 over brugmaatschappen gepubliceerd op 5 juni 2013.
- 17 Vgl. *ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen*, punt 3.
- 18 VerLoren van Themaat en Reuder (2012): ‘Doordat maatschappen zich vaak ondernemend en autonoom opstellen, is de vraag gerechtvaardigd of de nieuwe visie van de [ACM] recht doet aan de werkelijkheid en wenselijk is. Ook gelet op de roep om concentratie van zorg en (sub)specialisatie leidt de visiewijziging tot een nieuwe drempel voor gewenste samenwerking in de zorg.’
- 19 De derde concentratievariant voorzien in artikel 27 lid 1 sub b Mw zal zich niet voordoen. Fusies tussen maatschappen van medische specialisten behelzen immers geen overname van de ene maatschap door de andere maatschap dan wel ziekenhuis.

## 2.2 Géén fusie in de zin van artikel 27 lid 1 sub a Mw

Voorwaarde voor een fusie zoals bedoeld in artikel 27 lid 1 sub a Mw is dat een maatschapsfusie tot een nieuwe economische eenheid leidt. En wel doordat twee voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen blijvend samengaan.<sup>20</sup> De NZa gaat ervan uit dat dit het geval is bij de maatschap Huisartsenpraktijk Prinsenbeek.<sup>21</sup> Het optreden onder gemeenschappelijke naam lijkt inderdaad erop te duiden dat voorheen onafhankelijke huisartsen/ondernemingen een maatschapsverband zijn aangegaan waarbij zij over en weer hun economische zelfstandigheid hebben ingeleverd, waardoor zij niet langer zelfstandig commerciële besluiten zullen kunnen nemen. De NZa onderbouwt dit punt echter niet.

Of een brugmaatschap een nieuwe economische eenheid vormt, kan worden betwijfeld. De totstandbrenging van een nieuwe economische eenheid vereist immers niet alleen dat de fuserende maatschappen voorafgaand aan de maatschapsfusie onafhankelijk waren van elkaar, maar vooral ook dat zij ieder voor zich een onafhankelijke onderneming vormden.<sup>22</sup> Dat laatste is niet het geval. Van belang hiervoor zijn de contractuele relaties tussen individuele specialist, ziekenhuis en maatschap van specialisten (en vervolgens brugmaatschap).

Startpunt is weer de individuele vrijgevestigde medische specialist die, anders dan de specialist in loondienst van het ziekenhuis, een onderneming vormt omdat hij economische activiteiten verricht. Voorts is van belang dat die specialist behalve een maatschapsovereenkomst ook een toelatingsovereenkomst met een ziekenhuis aangaat.<sup>23</sup> De huidige model-toelatingsovereenkomst (MTO) beperkt de economische actieradius van de specia-

20 Dit kan plaatsvinden door een juridische of feitelijke fusie (Geconsolideerde mededeling van de Commissie, rnr. 9-10). Overigens kunnen ook delen van ondernemingen fuseren in de zin van een concentratie (vgl. art. 3 lid 1 sub a Verordening 139/2004). Opdat in dat geval sprake is van een fusie (in plaats van een gemeenschappelijke onderneming) dient de gefuseerde onderneming echter te worden losgekoppeld van de moederondernemingen (vgl. de beschikking van de Commissie in zaak COMP/M.1806 *Astra Zeneca/Novartis*). Deze mogelijkheid doet zich in casu niet voor omdat maatschap en ziekenhuis niet 'ontkoppeld' worden door een maatschapsfusie tot brugmaatschap.

21 *Thuisapotheek – Huisartsenpraktijk Prinsenbeek*, rnr. 5 en 6.

22 Vgl. de beschikking van de Commissie in zaak COMP/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, rnr. 8: 'Starting from the premise that the result of a concentration is a single undertaking, that is to say a single economic entity, in order to determine whether the transaction at issue is a merger for the purposes of Article 3(1) (a) of the Merger Regulation – that is, whether the combining of the activities of previously independent undertakings would result in the creation of a single economic unit – it is therefore necessary to examine whether the [Price Waterhouse] Combination has a sufficiently high degree of concentration of decision-making and financial interests to confer on it the character of a single economic entity for the purposes of the Merger Regulation.'

23 Niet uitgesloten is dat dit in de toekomst verandert en het ziekenhuis tot facilitair bedrijf wordt en de medische specialisten contractpartners van de zorgverzekeraars worden. Van de Poel (2013) wijst bijvoorbeeld op de mogelijkheid dat de traditionele toelatingsovereenkomst vervangen wordt door een dienstverleningsovereenkomst tussen een maatschap en verschillende ziekenhuizen. In: 'Megamaatschap doet stille machts-greep'.

list op drie manieren.<sup>24</sup> Ten eerste doordat hij alleen zorg kan verlenen aan patiënten van het betrokken ziekenhuis dan wel patiënten die zich binnen het organisatorische verband van dat ziekenhuis aan hem toevertrouwen (art. 1 lid 1). Ten tweede doordat het bestuur het zorgprofiel van het ziekenhuis vaststelt en de daaruit voortvloeiende behoefte aan specialisten, de doelstellingen betreffende het volume en de kwaliteit en de prijs, en eventuele productieplafonds per specialisme en/of per zorgverzekeraar (art. 2 lid 3), en ziekenhuis en specialist gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor een in alle opzichten concurrerend zorgaanbod (art. 2 lid 1) en het zorgaanbod onderling afstemmen (waaronder de soorten, aantallen en kwaliteit van te leveren zorgprestaties; art. 2 lid 2). Ten derde doordat de specialist zich dient te onthouden van directe of indirecte participatie in een zorgaanbod buiten het ziekenhuis dat concurreert met het zorgaanbod van het ziekenhuis (art. 27 lid 2).<sup>25</sup>

Met andere woorden, door de toelating tot een ziekenhuis neemt de economische zelfstandigheid van een specialist aanzienlijk af, ongeacht het feit dat de toelatingsovereenkomst in de praktijk niet altijd aan de maatschapsovereenkomst voorafgaat. Van verkrijging van (definitieve) zeggenschap over de economische activiteiten van de specialisten door de maatschap kan dan ook geen sprake zijn. Temeer omdat de maatschapsovereenkomst niet op zichzelf staat, maar uit de MTO van een specifiek ziekenhuis voortvloeit. Met het oog op het waarborgen van de continuïteit van de patiëntenzorg verplicht artikel 6 MTO toegelaten specialisten een samenwerking aan te gaan met de andere binnen het ziekenhuis toegelaten collega's van hetzelfde (deel)specialisme.<sup>26</sup> Daarmee is elk van de fuserende maatschappen beperkt tot de specialisten van het betrokken ziekenhuis en elke maatschapsovereenkomst bovendien ondergeschikt aan de MTO (bij strijdigheid tussen beide gaat de laatste voor; art. 6 lid 2 MTO).

Kortom, wanneer wordt meegenomen dat de medisch specialistische zorg waar het hier om gaat in het grotere organisatorische verband van een ziekenhuis wordt verleend, dan blijkt dat een ziekenhuis rechtstreeks zeggenschap heeft over de economische activiteiten van specialisten, waardoor een maatschap van specialisten niet alleen geen onafhankelijke onderneming vormt (want onderdeel van een grotere economische eenheid), maar zelfs geen onderneming binnen die economische eenheid.<sup>27</sup>

24 De huidige MTO is een in september 2011 door de Orde van Medisch Specialisten en NVZ vereniging van ziekenhuizen overeengekomen richtsnoer voor ziekenhuizen en medisch specialisten om tot individuele toelatingsovereenkomsten te komen. Zie: <[www.orde.nl/pijlers/beroepsbelangen/vrij-beroep/modellen/onderwerpen/model-toelatingsovereenkomst.html](http://www.orde.nl/pijlers/beroepsbelangen/vrij-beroep/modellen/onderwerpen/model-toelatingsovereenkomst.html)>. De MTO wordt in de praktijk door de meeste ziekenhuizen en medisch specialisten gehanteerd. Niet in de laatste plaats omdat de fiscale ondernemersstatus van vrijgevestigde specialisten afhankelijk is gemaakt van deze MTO (Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 september 2011, kenmerk DGB/2011/6197 U). In die gevallen waarin de huidige MTO niet wordt gehanteerd, is de vorige MTO van toepassing die op het punt van zeggenschap niet wezenlijk verschilt van de MTO uit 2011. De invoering van integrale tarieven voor medisch specialistische zorg in 2015 zal de huidige situatie bestendigen. Tenzij de specialisten daar actief verandering in aanbrengen (zie voetnoot 23).

25 Vgl. *ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen*, punt 1.

26 In de meeste gevallen wordt deze samenwerking in een maatschapsovereenkomst gegoten.

27 Tevens volgt hieruit dat de eerdere kwalificatie door de ACM van de relatie tussen specialist en ziekenhuis als toeleverancier en inkoper van medisch specialistische zorg (zie hiervoor), achterhaald is. Hierbij werd immers over het hoofd gezien dat een specialist die een economische activiteit verricht zulks in het kader van een grotere economische eenheid kan doen, te weten het ziekenhuis.

### 2.3 *Geén gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 27 lid 2 Mw*

De vaststelling dat het aangaan van een brugmaatschap niet als fusie in de zin van artikel 27 lid 1 Mw kan worden aangemerkt, brengt nog niet mee dat dus het kartelverbod van toepassing is. Er kan immers ook sprake zijn van een concentratie wanneer een brugmaatschap moet worden gezien als een door de betrokken ziekenhuizen gehouden gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 27 lid 2 Mw. Criterium voor een dergelijke gemeenschappelijke onderneming is volwaardigheid: de gemeenschappelijke onderneming moet duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen. Dit vereist om te beginnen operationele zelfstandigheid.<sup>28</sup> Daarvan is echter géén sprake. De brugmaatschap zal immers niet zelfstandig actief zijn op de zorginkoopmarkt waar het hier om gaat, maar die markt alleen via de betrokken ziekenhuizen betreden.<sup>29</sup>

### 2.4 *Geen structuurtoezicht, maar gedragstoezicht*

Uit het bovenstaande volgt dat een fusie tot brugmaatschap onder het kartelverbod moet worden beoordeeld: er is sprake van een overeenkomst tussen verschillende ondernemingen. Om te beginnen tussen de specialisten die de samenwerking binnen maatschapsverband uitbreiden tot de specialisten uit een ander ziekenhuis. Maar met name ook tussen de ziekenhuizen. Van niet gering belang daarbij is dat een brugmaatschap alleen dan interessant is voor specialisten wanneer zij hun werkterrein tot het andere ziekenhuis kunnen uitbreiden. Dit vergt in de praktijk twee dingen: een toelatingsovereenkomst met het 'nieuwe' ziekenhuis en toestemming tot het aangaan daarvan van het 'oude' ziekenhuis (art. 27 lid 2 MTO). Zonder toelating en toestemming van de betrokken ziekenhuizen zullen deze maatschapsfusies niet tot stand komen dan wel niet tot een afstemming van het zorgaanbod van de betrokken ziekenhuizen leiden. Aldus zal sprake zijn van een samenstel van overeenkomsten waarvoor de betrokken ziekenhuizen verantwoordelijk zijn en waarop zij in geval van een mededingingsinbreuk kunnen worden aangesproken.<sup>30</sup>

Terug naar de kritiek op de koerswijziging van de ACM inzake maatschappen van specialisten. Hiervoor is uiteengezet dat brugmaatschappen géén concentratie vormen in de zin van artikel 27 Mw zodat de koerswijziging van de ACM terecht is. Is het misschien mogelijk dat de toepassing van het kartelverbod anderszins een drempel oproept voor gewenste samenwerking in de zorg? Niet onbelangrijk in deze lijkt dat brugmaatschappen, doordat zij niet langer als concentratie worden aangemerkt, niet langer profiteren van het feit dat zij onder de omzetrempels van het concentratietoezicht blijven en dus niet langer aan het mededingingstoezicht ontsnappen (zie hiervoor). De vrijhavens voor toepassing van het kartelverbod bieden beduidend minder perspectief. De gezamenlijke omzetrempel uit artikel 7 lid 1 Mw (1,1 miljoen euro) valt immers in het niet bij de gemiddelde omzet van een doorsnee Nederlands ziekenhuis. Ook zal het gezamenlijke marktaandeel met betrekking tot de betrokken medisch specialistische zorg vaak groter zijn dan 10 procent van de relevante markt (art. 7 lid 2). Dat het kartelverbod eerder van toepassing is dan het concentratietoezicht betekent echter niet dat een drempel wordt opgeworpen voor gewenste samenwerking in de zorg. Integendeel. Het kartelverbod dient juist ertoe om maat-

28 Geconsolideerde mededeling van de Commissie, rnr. 93.

29 Geconsolideerde mededeling van de Commissie, rnr. 95 en 97-98. Vgl. *ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen*, punt 1.

30 Vgl. *ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen*, punt 3.

schappelijk gewenste en ongewenste brugmaatschappen te scheiden. Het kartelverbod treft immers slechts brugmaatschappen die behalve tot marktmacht (art. 6 lid 1 Mw) ook tot een vermindering van de welvaart van patiënten en verzekerden leiden (art. 6 lid 3 jo. 1 Mw), niet brugmaatschappen die de welvaart van patiënten en verzekerden juist verhogen. Bijvoorbeeld doordat een brugmaatschap de aanwezigheid van een relatief klein specialisme in een bepaalde regio mogelijk maakt. Of wanneer een brugmaatschap het mogelijk maakt dat in dunbevolkte gebieden alle subspecialisaties binnen een hoofdspecialisme op een voldoende hoog niveau aanwezig zijn.<sup>31</sup> Aan de ACM de taak om heldere en praktische richtlijnen te ontwikkelen voor het onderscheiden van gewenste en ongewenste brugmaatschappen.

### 3 Maatschappen en mededingingstoezicht onder de Wmg

Vooralsnog zijn brugmaatschappen echter onder de radar van het kartelverbod gebleven. Dit roept de vraag op wat de NZa in voorkomend geval tegen maatschappen van zorgaanbieders kan ondernemen. Hierna wordt eerst ingegaan op de bevoegdheden die de NZa aan artikel 48 Wmg ontleent. Daarna wordt uiteengezet waarom artikel 45 Wmg zich niet leent voor toezicht op maatschappen die de mededinging beperken.

#### 3.1 Artikel 48 Wmg

Artikel 48 Wmg regelt de bevoegdheid om zorgaanbieders (en zorgverzekeraars) die over aanmerkelijke marktmacht (AMM) beschikken nader gedefinieerde verplichtingen op te leggen om zo de concurrentie op de betrokken zorgmarkten te bevorderen. AMM doet zich voor wanneer een zorgaanbieder alleen (eenzijdige AMM) dan wel twee of meer zorgaanbieders gezamenlijk (collectieve AMM) de mogelijkheid heeft/hebben zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van zijn/hun concurrenten, zorgverzekeraars of consumenten en daardoor in de positie verkeert/verkeren om de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie te belemmeren op de Nederlandse markt of een deel daarvan (art. 47 Wmg). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het begrip 'AMM' aansluit bij het begrip 'economische machtspositie' (EMP) uit artikel 24 lid 1 jo. artikel 1 sub i Mw.<sup>32</sup> Aldus kan voor de uitleg van het begrip 'AMM' aansluiting worden gezocht bij de wijze waarop het begrip 'EMP' in de rechtspraktijk wordt uitgelegd. Hierna wordt eerst nagegaan of de NZa op grond van eenzijdige AMM tegen een maatschap kan optreden. Vervolgens wordt onderzocht of de NZa op grond van collectieve AMM tegen een maatschap kan optreden.

- *Maatschap en eenzijdige AMM*

Anders dan de Mw die van toepassing is op ondernemingen, is artikel 48 Wmg van toepassing op zorgaanbieders. Dit betekent dat een maatschap alleen op grond van eenzijdige AMM kan worden aangesproken wanneer deze als zorgaanbieder in de zin van de Wmg kan worden aangemerkt. Dat is niet het geval. Artikel 1 sub c onder 1 Wmg definieert het begrip 'zorgaanbieder' immers als 'de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroeps-

31 Vgl. ACM-lijn *maatschappen en ziekenhuizen*, punt 4.

32 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 20-21.



bedrijfsmatig zorg verleent.<sup>33</sup> Omdat een maatschap rechtspersoonlijkheid ontbeert, kan deze niet als zorgaanbieder worden aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat ook geen sprake kan zijn van eenzijdige AMM. Deze constatering roept twee vragen op. Ten eerste, is aldus sprake van een hiaat in het zorgspecifieke mededingingstoezicht op maatschappen? Ten tweede, leidt dit ertoe dat de begrippenkaders van de Wmg en de Mw niet op elkaar aansluiten?

Gesteld dat de huisartsenmaatschap Huisartsenpraktijk Prinsenbeek daadwerkelijk een economische eenheid vormt en daarmee dus een onderneming in mededingingsrechtelijke zin, is het dan een onoverkomelijk probleem wanneer de NZa deze maatschap niet op grond van eenzijdige AMM kan aanspreken? Niet echt. De betrokken huisartsen blijven immers onverminderd als natuurlijke personen zorg aanbieden en kunnen dus als individuele zorgaanbieders worden aangesproken in het kader van artikel 48 Wmg, en wel op grond van collectieve AMM (zie hierna).

Net zomin leidt de limitatieve definitie van het zorgaanbiedersbegrip ertoe dat de begrippenkaders uit de Wmg en de Mw niet op elkaar aansluiten. Het zijn van een onderneming in mededingingsrechtelijke zin is weliswaar onvoldoende voor het zijn van zorgaanbieder. Het is echter nog steeds nodig dat een zorgaanbieder tevens een onderneming vormt. Uit de wetsgeschiedenis van de Wmg kan worden afgeleid dat het AMM-instrument alleen van toepassing is wanneer een zorgaanbieder tevens als onderneming kan worden aangemerkt.<sup>34</sup> Dit uitgangspunt is logisch. Het AMM-instrument dient immers ertoe misbruik van marktmacht te voorkomen. Voorwaarde voor een probleem van marktmacht is de aanwezigheid van entiteiten die een economische activiteit verrichten en aldus marktfalen in de zin van marktmacht kunnen veroorzaken. Dit betekent dat een zorgaanbieder tevens een onderneming moet zijn in de zin van de Mw wil het AMM-instrument toepassing kunnen vinden.<sup>35</sup>

- *Maatschap en collectieve AMM*

De NZa gaat in haar beleidsdocumenten uit van één type collectieve AMM, te weten oligopolide AMM.<sup>36</sup> (Een oligopolie is een situatie waarin een product of dienst slechts door een aantal grote aanbieders wordt aangeboden.) Uit de Europese rechtspraak kan echter nog een tweede type collectieve AMM worden afgeleid, te weten non-oligopolide AMM.<sup>37</sup> Oligopolide AMM is het gevolg van *stilzwijgende* coördinatie van marktgedrag in een oligopo-

33 Art. 1 sub c onder 2 voegt hieraan toe 'de natuurlijke persoon of rechtspersoon voor zover deze tarieven in rekening brengt namens, ten behoeve van of in verband met het verlenen van zorg door een zorgaanbieder als bedoeld onder 1.' Dit onderdeel is in het bestek van dit artikel niet relevant.

34 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 8, p. 18-19.

35 Wanneer de wetgever bij de voorbereiding van de Wmg in de Nota naar aanleiding van het verslag 'zorgkantoren' onder de doelgroep van het AMM-instrument schaarde (*Kamerstukken II 2005/06*, 30 186, nr. 8, p. 49), moet dit worden aangemerkt als een kennelijke verschrijving. In het geval van zorgkantoren is immers geen sprake van een economische activiteit, maar van mechanische wetstoepassing. Net zomin als de Mw op zorgkantoren van toepassing is (*Richtsoenoren voor de zorgsector* van de ACM, maart 2010, rnr. 60), kan artikel 48 Wmg op zorgkantoren van toepassing zijn.

36 NZa Beleidsregel *Aanmerkelijke marktmacht in de zorg*, AL/BR-0001, alsmede Toelichting van de NZa op die beleidsregel van september 2010.

37 Gerecht EU 10 maart 1992, nr. T-68/89 e.v., *Jur.* 1992, p. II-01403 (*Italiaans vlakglas*), punten 358 en 359; HvJ EU 16 maart 2000, nr. C-395/96 P en C-396 P, *Jur.* 2000, p. I-01365 (*Compagnie maritime belge CMB*), punt 44. Vgl. R. Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law*, Oxford University Press, 2011, p. 359 e.v.

listische marktsituatie en is als zodanig moeilijk te bewijzen.<sup>38</sup> Non-oligopolide AMM is het gevolg van *uitdrukkelijke* coördinatie van marktgedrag en is aldus minder moeilijk te bewijzen. In geval van een maatschap gaat het om non-oligopolide AMM omdat, gesteld dat sprake is van collectieve AMM, deze immers op een maatschapsovereenkomst zal zijn gebaseerd.

Daarmee is de vraag: wanneer kan een maatschap worden aangesproken vanwege non-oligopolide AMM? In *Compagnie maritime belge* (CMB) heeft het Europese Hof van Justitie vastgesteld dat daartoe sprake dient te zijn van een 'collectieve eenheid die als zodanig op de markt optreedt, ten opzichte van zowel de gebruikers als de concurrenten'.<sup>39</sup> Een maatschap die een economische eenheid vormt voldoet aan deze voorwaarde. In dat geval treden de maten immers als een collectieve eenheid op de markt op. Of een kostenmaatschap – waarin de maten wel bepaalde kosten samen delen, maar niet over en weer hun commerciële vrijheid inleveren en dus wel nog zelfstandig commerciële besluiten kunnen nemen – aan deze voorwaarde voldoet, kan worden betwijfeld.

Wat betekent dit voor Huisartsenpraktijk Prinsenbeek? Voor zover deze huisartsenmaatschap inderdaad een economische eenheid vormt die bovendien over AMM beschikt, zal daarmee sprake zijn van een collectieve eenheid in de zin van CMB. Dit betekent dat in het kader van artikel 48 Wmg sprake is van collectieve AMM tussen de betrokken individuele huisartsen. Wanneer de NZa één of meer AMM-verplichtingen uit artikel 48 lid 1 Wmg oplegt om (verder) misbruik van collectieve AMM te voorkomen, zullen deze verplichtingen in beginsel aan de individuele huisartsen moeten worden opgelegd (de maatschap kan immers niet als zorgaanbieder worden aangemerkt; zie hiervoor). De bewijspositie van non-oligopolide AMM is in dit geval niet moeilijker dan in geval van eenzijdige AMM omdat het collectieve karakter immers uit de betrokken maatschapsovereenkomst volgt.

De NZa doet het echter anders. Zij gaat er om te beginnen zonder meer van uit dat de betrokken maatschap een economische eenheid vormt.<sup>40</sup> Vervolgens wordt gesteld dat de maatschap, omdat deze zorg aanbiedt, als zorgaanbieder in de zin van de Wmg kan worden aangemerkt.<sup>41</sup> Waarna in het midden blijft of sprake is van eenzijdige of collectieve

38 Kenmerkend voor oligopolide AMM is dat elke aanbieder die daarvan deel uitmaakt 'zich bewust [is] van de gemeenschappelijke belangen, en het mogelijk, economisch rationeel en dus verkieslijk vindt om duurzaam één front te vormen op de markt met het doel om boven concurrerende prijzen te verkopen zonder een overeenkomst te moeten sluiten of zijn toevlucht te moeten nemen tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel [101 VWEU], en zonder dat de daadwerkelijke of potentiële concurrenten dan wel de cliënten en de consumenten hierop doeltreffend kunnen reageren'. (Gerecht EU 28 juni 2004, nr. T-342/99, *Jur.* 2002, p. II-2585 (*Airtours*), punt 61). Voor oligopolide AMM gelden drie voorwaarden: (i) de markt moet voldoende doorzichtig zijn om elk lid van de oligopolide AMM in staat te stellen voldoende nauwkeurig en snel de ontwikkeling van het marktgedrag van elk van de overige leden te kennen; (ii) er moet een stimulans bestaan om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt af te wijken zodat sprake is van duurzame stilzwijgende coördinatie; en (iii) de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten moet de gemeenschappelijke gedragslijn niet aan het wankelen brengen (*Airtours*, punt 62).

39 CMB, punt 48.

40 *Thuisapotheek – Huisartsenpraktijk Prinsenbeek*, rnr. 5 en 6.

41 *Ibid.*, rnr. 9.

AMM.<sup>42</sup> Gelet op de limitatieve definitie van het begrip zorgaanbieder en de huidige NZa beleidsregels waarin enkel wordt verwezen naar de mogelijkheid van oligopolide AMM die moeilijk is te bewijzen (zie hiervoor), is dit vreemd. Cruciaal is de stelling dat Huisartsenpraktijk Prinsenbeek een economische eenheid vormt. Dat lijkt inderdaad het geval te zijn. Maar waarom dan de aanwezigheid van non-oligopolide AMM, die alsdan immers niet moeilijk te bewijzen is, niet uitdrukkelijk gemotiveerd? Moet hieruit worden afgeleid dat de vaststelling van een economische eenheid tevens als opmaat dient voor de mogelijkheid om een maatschap toch ook op grond van eenzijdige AMM te kunnen aanspreken? Twee opmerkingen. Dit vereist mijns inziens hoe dan ook een wijziging van het zorgaanbiedersbegrip (zoals reeds bepleit door de NZa bij de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport).<sup>43</sup> Een dergelijke wetswijziging heeft echter alleen toegevoegde waarde wanneer de nieuwe definitie tevens maatschappen zal omvatten die geen economische eenheid zijn. (Maatschappen die dat wel zijn kunnen, via de maten, immers nu al worden aangesproken op grond van collectieve AMM.) Een dergelijke ruime definitie lijkt mij niet wenselijk omdat in dat geval maatschappen op grond van eenzijdige AMM kunnen worden aangesproken zonder dat is komen vast te staan dat de betrokken maten als collectieve eenheid optreden op de betrokken markt.

Kunnen de specialisten van een brugmaatschap ook worden aangesproken op grond van collectieve AMM? Dat is niet het geval. Eenvoudigweg omdat zij niet op de zorginkoopmarkt optreden; dat doet immers het ziekenhuisbestuur. Dat de specialisten door het aangaan van een brugmaatschap mogelijk hun positie jegens het ziekenhuisbestuur versterken is mededingingsrechtelijk niet relevant. Op grond van de economische eenheid-doctrine zijn interne machtsverhoudingen immers geen aanleiding voor de toepassing van gedragstoezicht, waaronder ook artikel 48 Wmg valt (zie hiervoor). Anders dan het Samenwerkingsprotocol NMa-NZa 2010 doet vermoeden, kan in artikel 48 Wmg net zomin een zorgspecifiek alternatief voor de toepassing van het kartelverbod uit de Mw worden gelezen.<sup>44</sup> Artikel 48 Wmg verbiedt immers niet (de totstandkoming van) AMM als zodanig, maar geeft de NZa de bevoegdheid om (potentieel) misbruik daarvan te voorkomen. Hieruit volgt dat artikel 48 Wmg – anders dan artikel 6 Mw – niet kan worden ingezet om een brugmaatschap te ‘ontbundelen’. Géén van de AMM-verplichtingen uit artikel 48 lid 1 Wmg is dan ook geschikt om een beperking van selectieve inkoop te voorkomen die voortvloeit uit een uniformering of samenvoeging van medisch specialistische zorg. De wetsgeschiedenis sluit bij deze uitleg aan door alleen te verwijzen naar samenloop van artikel 48 Wmg met artikel 24 Mw, niet met artikel 6 Mw.<sup>45</sup>

42 Daarnaast zijn alleen de algemene AMM-verplichtingen ook aan de individuele zorgaanbieders opgelegd; de geconcretiseerde AMM-verplichtingen zijn merendeels aan de maatschap opgelegd. Mede gelet op de eerder in het besluit opgenomen definitie van het begrip Huisartsenpraktijk Prinsenbeek waarin niet alleen de maatschap, maar ook de individuele zorgaanbieders zijn opgenomen (rnr. 9), is dit mogelijk voldoende voor de Nederlandse bestuursrechter.

43 Aanbiedingsbrief iBMG-rapport over regiomaatschappen van de NZa van 5 juni 2013, nr. 55516-0044004.

44 Samenwerkingsprotocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, *Start*. 2011, 1367, hoofdstuk 5. Voor een kritische beschouwing van dit protocol: E. Loozen, 'NMa en NZa: houd je bij je leest!', *Tijdschrift voor Toezicht* 2(2011)4, p. 25-47.

45 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 186, nr. 3, p. 31, alsmede nr. 8, p. 65.

Daarmee is de vraag welke verplichtingen de NZa wel kan opleggen en aan wie. De NZa kan wel optreden tegen onredelijke prijsstijgingen en weigeringen om onder redelijke voorwaarden een contract aan te gaan met een zorgverzekeraar.<sup>46</sup> Deze verplichtingen kunnen echter niet aan de maatschap worden opgelegd noch aan de betrokken specialisten/zorgaanbieders. Ervan uitgaande dat de meeste brugmaatschappen ertoe leiden dat bepaalde vormen van zorg nog slechts op één plaats zullen worden aangeboden, kan in dat geval wel op grond van eenzijdige AMM worden opgetreden tegen het betrokken ziekenhuis dat immers ook als zorgaanbieder in de zin van artikel 1 sub c onder 1 Wmg kan worden aangemerkt.

### 3.2 Artikel 45 Wmg

De laatste vraag is of artikel 45 Wmg een zorgspecifiek alternatief vormt voor het kartelverbod uit de Mw en brugmaatschappen op grond van deze bepaling kunnen worden tegengegaan. Op grond van deze bepaling kan de NZa, met het oog op de inzichtelijkheid van de zorgmarkten of de bevordering van de concurrentie, generieke verplichtingen vaststellen met betrekking tot de voorwaarden en de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven. Aldus is artikel 45 Wmg gericht op het (meer) betwistbaar maken van zorgmarkten (door voldoende transparantie en toetreding te verzekeren) waardoor de daadwerkelijke concurrentie wordt bevorderd.<sup>47</sup> Het mededingingstoezicht in de zorg is immers niet alleen gericht op het bewaken van concurrentie (zoals het algemene mededingingsrecht uit de Mw), maar tevens op het maken van markten.<sup>48</sup>

Vervolgens is de vraag of artikel 45 Wmg net zoals het kartelverbod ook kan worden ingezet om problemen van marktmacht te adresseren. De NZa gaat ervan uit dat dit inderdaad

46 Het hiervoor aangehaalde iBMG-onderzoek heeft uitgewezen dat brugmaatschappen onder meer worden aangegaan om de raden van bestuur tegen elkaar uit te spelen en financiële concessies af te dwingen. Dit betekent echter niet dat sprake is van mededingingsrechtelijke uitbuitings- en uitsluitingsproblemen vis-à-vis ziekenhuisbesturen. Gesteld kan worden dat de markt van medisch specialistische zorgverlening uit twee geïntegreerde onderdelen bestaat. Het eerste onderdeel omvat de contractuele relatie tussen specialist en ziekenhuis. Het tweede onderdeel omvat de contractuele relatie tussen ziekenhuis en zorgverzekeraar. Bij brugmaatschappen aangekomen is de contractuele relatie tussen specialist en ziekenhuis in de economische eenheid van het ziekenhuis geïnternaliseerd (zie hiervoor). Conform de economische eenheid-doctrine volgt hieruit dat van een mededingingsrechtelijk relevante uitbuiting van ziekenhuisbesturen door de specialisten géén sprake meer kan zijn. Ziekenhuisbesturen oefenen zeggenschap uit over specialisten en kunnen aldus (i) voorkomen dat 'hun' specialisten een toelatingsovereenkomst met een ander ziekenhuis aangaan alsmede (ii) weigeren toelatingsovereenkomsten te sluiten met 'nieuwe' specialisten.

47 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 11 en 64. Een voorbeeld van optreden tegen onvoldoende transparantie biedt de Regeling Transparantie contracteerproces AWBZ van 2007. Deze regeling verplicht zorgkantoren om zorgaanbieders voorafgaand aan de contractonderhandelingen te informeren volgens welke modellen zij contracten aanbieden (art. 2) alsmede over de som van de met zorgaanbieders gecontracteerde budgetten (art. 3). Bij optreden tegen onvoldoende toetredingsmogelijkheden moet worden gedacht aan het tegengaan van onredelijk lange betalingstermijnen, exclusieve levering, onredelijke betalingscondities of onredelijke betalingsvoorwaarden bij het opzeggen van een contract.

48 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 11.

het geval is.<sup>49</sup> In casu zou dit in essentie tot een algemene gebodsmatregel kunnen leiden in de trant van 'Gij zult geen brugmaatschappen vormen' (want dat kan tot een beperking van de mededinging leiden). De idee hierbij is dat zolang het marktgedrag dat in marktmacht resulteert maar vaak genoeg voorkomt, sprake is van een 'structurele, algemene marktbelemmering', de door de wetgever gestelde voorwaarde voor toepassing van artikel 45 Wmg.<sup>50</sup> De juistheid van een dergelijke aanpak kan echter worden betwijfeld. En wel omdat artikel 45 Wmg niet bedoeld is om op te treden tegen mededingingsproblemen van marktmacht.<sup>51</sup>

Hiervoor zijn drie aanwijzingen. De eerste aanwijzing biedt artikel 18 lid 2 Wmg dat bepaalt dat samenloop van bevoegdheden van NZa en ACM beperkt is tot artikel 48 Wmg. Gelet op het feit dat de Mw ertoe dient om marktmacht te corrigeren of te voorkomen, kan uit de vaststelling dat artikel 18 lid 2 Wmg niet verwijst naar artikel 45 Wmg worden opgemaakt dat deze bevoegdheid zich kennelijk niet op marktmacht richt. De tweede aanwijzing biedt de wetsgeschiedenis waarin artikel 45 Wmg nergens wordt gepresenteerd als een mededingingsbevoegdheid ter correctie of voorkoming van marktmacht. De derde en meest belangrijke aanwijzing is dat artikel 45 Wmg een reguleringsbevoegdheid inhoudt.<sup>52</sup> Dienovereenkomstig leidt de toepassing van deze bepaling tot generieke maatregelen, terwijl een probleem van marktmacht juist specifiek van aard is en daarom (i) concreet bewijs van marktmacht vergt, alsmede (ii) een op de betrokken partijen gerichte specifieke maatregel (vgl. optreden tegen mededingingsinbreuken onder de Mw dan wel art. 48 Wmg). De generieke gebodsmatregel 'Gij zult geen brugmaatschappen aangaan' gaat aan beide vereisten voorbij. Zulks is onwenselijk, en wel om de volgende twee redenen. Ten eerste omdat niet uitgesloten is dat sommige brugmaatschappen de zorgbelangen juist zullen bevorderen (zie hiervoor). Ten tweede omdat het Nederlandse mededingingsrecht in de zorgsector daarmee strenger zou zijn dan het Europese mededingingsrecht. Dat is niet alleen in strijd met het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever,<sup>53</sup> maar ook met artikel 3 lid 2 van Verordening 1/2003.<sup>54</sup>

In de Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg en de Regeling elektronische netwerken meent de NZa een oplossing te hebben gevonden voor de inherente spanning tussen de

49 Toelichting Toepassing artikel 45 Wmg van de NZa, december 2009; Regeling voorwaarden voor overeenkomsten inzake elektronische netwerken met betrekking tot zorg, CI/NR-100.099, *Stct.* 2009, 20257. Zie ook de wetenschappelijke publicaties van medewerkers van de NZa: J. Bijkerk en W. Sauter, 'Een nieuwe mededingingsbevoegdheid voor de NZa?', *Markt & Mededinging* 2010/4, p. 145-156 en W. Sauter, 'Sector-specifiek mededingingsrecht en fusietoetsing', *RegelMaat* 28(2013)2, p. 77-93.

50 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 186, nr. 3, p. 18.

51 Vgl. Loozen (2011) waarin op dit punt wordt ingegaan om uit te leggen dat er geen sprake van samenloop kan zijn tussen art. 45 Wmg en art. 6 en 24 Mw.

52 Zie: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 186, nr. 3, p. 23-24.

53 Algemeen uitgangspunt is dat het Nederlandse mededingingsrecht dat gericht is op de bescherming tegen marktmacht 'niet strenger of soepeler mag zijn dan de Europese mededingingsregels'. Uitzondering hierop is het zorgspecifieke mededingingstoezicht op AMM neergelegd in art. 48 Wmg. Zie: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 186, nr. 3, p. 11 en 20.

54 Zie ook de brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 12 april 2013 (kenmerk 112423-102586-MC). Een van de gestelde Kamervragen was of bij de toepassing van art. 45 Wmg een risico bestaat op strijd met het Europees mededingingsrecht. De minister beantwoordt deze vraag ontkennend en wijst erop dat voor zover sprake is van samenloop tussen art. 45 Wmg en Europese regels, dit niet de Europese mededingingsregels zijn, maar de Europese regels betreffende de Derde Schaderichtlijn.

generieke aard van een maatregel op grond van artikel 45 Wmg en de specifieke aard van een probleem van marktmacht.<sup>55</sup> Vertaald naar brugmaatschappen zou deze remedie in de volgende gebodsmaatregel resulteren: 'Gij zult geen brugmaatschappen aangaan die tot marktmacht leiden'. Deze vlieger gaat natuurlijk niet op. En wel omdat een generieke maatregel die concreet bewijs van marktmacht vergt, geen generieke maatregel meer is.<sup>56</sup>

#### 4 Conclusie

Maatschappen van zorgaanbieders vormen een onderneming in de zin van het mededingingsrecht wanneer de betrokken zorgaanbieders over economische zelfstandigheid beschikken die zij over en weer inleveren. Het feit dat de huisartsen van Huisartsenpraktijk Prinsenbeek onder gemeenschappelijke naam optreden lijkt erop te duiden dat het om meer dan een kostenmaatschap gaat en de huisartsen niet langer zelfstandig hun marktgedrag kunnen bepalen zodat waarschijnlijk sprake zal zijn van een onderneming. Dit betekent dat de totstandkoming van een dergelijke maatschap in beginsel onder het concentratietoezicht van de Mw valt. Omdat een maatschap niet als zorgaanbieder kan worden aangemerkt onder artikel 1 sub c onder 1 Wmg, dienen de verplichtingen uit artikel 48 lid 1 Wmg echter niet op grond van eenzijdige AMM aan de maatschap te worden opgelegd, maar op grond van collectieve AMM aan de betrokken individuele zorgaanbieders.

Maatschappen van specialisten vormen in de regel geen onderneming in mededingingsrechtelijke zin. De reden daarvoor is dat specialisten behalve een maatschapsovereenkomst ook een toelatingsovereenkomst met een ziekenhuis aangaan waarin zij hun economische zelfstandigheid grotendeels opgeven. Met als gevolg dat een brugmaatschap géén concentratie vormt in de zin van artikel 27 lid 1 sub a Mw. Omdat een brugmaatschap in de regel operationele zelfstandigheid ontbeert, zal net zomin sprake zijn van een concentratie in de zin van artikel 27 lid 2 Mw. Een brugmaatschap moet daarom als een samenwerkingsverband worden gezien waarop de betrokken ziekenhuizen in het kader van artikel 6 Mw kunnen worden aangesproken. De recente koerswijziging van de ACM inzake brugmaatschappen is dan ook terecht.

Voor de NZa is slechts een beperkte rol weggelegd met betrekking tot brugmaatschappen. Ervan uitgaande dat de meeste brugmaatschappen ertoe leiden dat bepaalde vormen van zorg nog slechts op één plaats worden aangeboden, kan de NZa in geval van onredelijke prijsstijgingen en weigeringen om onder redelijke voorwaarden een contract aan te gaan met een zorgverzekeraar, het betrokken ziekenhuis op grond van eenzijdige AMM (een van) de verplichtingen neergelegd in artikel 48 lid 1 sub e en i opleggen. Daarentegen kan de specialisten van een brugmaatschap geen van de verplichtingen uit artikel 48 Wmg worden opgelegd vanwege collectieve AMM. Anders dan de huisartsen van Huisartsenpraktijk Prinsenbeek treden de specialisten die zijn toegelaten tot een ziekenhuis immers niet als collectieve eenheid op de zorginkoopmarkt op. Artikel 45 Wmg biedt ook geen

55 Zie voetnoot 49.

56 De Regeling voorwaarden voor overeenkomsten inzake elektronische netwerken met betrekking tot zorg is algemeen geformuleerd en omvat alle netwerkovereenkomsten. De aanwezigheid van marktmacht wordt vervolgens bij de handhaving van de regeling gecontroleerd.

Mr. dr. E.M.H. Loozen

soelaas. Deze bepaling behelst een reguleringsbevoegdheid en is als zodanig niet bedoeld om specifieke problemen van marktmacht te adresseren.

De NZa meent echter dat dit toezichtsinstrumentarium onvoldoende is. In de hiervoor genoemde brief aan de minister van VWS stelt zij daarom voor om de Wmg op twee punten te wijzigen.<sup>57</sup> Ten eerste om de maatschap op te nemen in het begrip zorgaanbieder zoals neergelegd in artikel 1 sub c onder 1 Wmg. Ten tweede om een ontbundelingsbevoegdheid op te nemen in artikel 48 lid 1 Mw. Uit het voorgaande volgt echter dat géén van beide wetswijzigingen nodig dan wel wenselijk is. Ook wanneer maatschappen niet als zorgaanbieder in de zin van de Wmg kunnen worden aangemerkt, voor zover zij mededingingsproblemen veroorzaken kunnen die wel degelijk worden aangepakt. En wel door in het kader van de Wmg dan wel de Mw door de maatschap heen te prikken en de betrokken zorgaanbieders aan te spreken. Ook in geval van collectieve AMM hoeft daarbij geen sprake te zijn van een moeilijkere bewijspositie. De situatie waarin een brugmaatschap 'dusdanig machtig is ten opzichte van het ziekenhuis, dat het ziekenhuis en de maatschap toch geen economische eenheid vormen,'<sup>58</sup> zal zich niet kunnen voordoen. Eenvoudigweg omdat interne machtsverhoudingen mededingingsrechtelijk niet relevant zijn en daarmee niet kunnen afdoen aan het feit dat uit de huidige MTO volgt dat ziekenhuis en maatschap een economische eenheid vormen. Een extra ontbundelingsbevoegdheid is niet wenselijk omdat artikel 48 Wmg gericht is op het voorkomen van misbruik van AMM, niet op het voorkomen van AMM. En bovendien niet nodig, want brugmaatschappen kunnen in voorkomend geval op grond van artikel 6 Mw worden 'ontmanteld'.

57 Aanbiedingsbrief iBMG-rapport over regiomaatschappen van de NZa van 5 juni 2013, nr. 55516-0044004.

58 Ibid., p. 3.