

86. ACM: van beschuit tot zorg, (hoe te) meten met twee maten bij fusies met hoge marktaandelen?

MR. D.W.L.A. SCHRIJVERSHOF

De Autoriteit Consument & Markt (ACM)¹ dient van tal van markten thuis te zijn. Zo wordt ACM geacht een oordeel te vellen over fusies van beschuitproducenten, maar ook over fusies van zorgaanbieders en van zorgverzekeraars. Maar wordt daarbij niet met verschillende maten gemeten? Want waarom krijgen vrijwel alle fusies van zorgaanbieders ondanks hoge marktaandelen groen licht van ACM, terwijl ACM een fusie van beschuitproducenten verbiedt en alleen onder voorwaarden akkoord gaat met een fusie van producenten van kroketten?

Los van de vraag of fusies positief of negatief zijn, wordt in deze bijdrage ingegaan op de vraag of ACM bij het toezicht op fusies met verschillende maten meet. Gezien de aard en opzet leent deze bijdrage zich niet voor een uitvoerige analyse van diverse concentraties uit tal van sectoren. In deze bijdrage wordt de vraagstelling behandeld aan de hand van voorbeelden uit twee sectoren waar iedere Nederlander mee te maken krijgt: voedsel en zorg. Daarna wordt ook kort ingegaan op de vraag wat te doen als men omwille van bepaalde publieke belangen juist zou willen dat ACM bij concentratiecontrole effectief en transparant met verschillende maten kan meten.

De voedselsector

In deze sector worden bij ACM aanzienlijk minder concentraties gemeld dan in de zorg. Dat neemt niet weg dat juist in deze sector de afgelopen jaren zowel bij een concentratie van krokettenproducenten als bij producenten van beschuit ACM een onneembare hindernis bleek te zijn.² Wordt gezien de omvang van de bijdrage de zogenaamde beschuitzaak er uitgepikt, dan ontstaat het volgende beeld. Continental Bakeries wenst A.A. ter Beek B.V. (eigenaar van onder meer Bolletje) over te nemen. Nadat daarvan op 13 december 2011 bij ACM melding is gemaakt, besluit ACM op 17 april 2012 dat een vergunning vereist

is. Partijen hebben op 5 juni 2012 hun vergunningaanvraag ingediend. De vergunning wordt op 14 december 2012 door ACM geweigerd.³ Dat was nog geen zes weken nadat ACM, ondanks hoge gezamenlijke marktaandelen (70-80%), zonder voorwaarden een vergunning verleende voor drie fusies van ziekenhuizen.⁴ Die drie fusies komen in het tweede deel van deze bijdrage nader aan de orde.

In de beschuitzaak stelde ACM vast dat de Nederlandse markt voor productie en verkoop van (private label en merk) beschuit aan *retailers* voor de beoogde concentratie reeds sterk geconcentreerd was. De betrokken partijen zouden op deze markt een gezamenlijk marktaandeel van 70-80% verwerven. ACM stelde vast dat twee van de drie andere partijen die op deze markt actief waren geen reëel alternatief zouden vormen voor de *retailers*. De enige partij (Van der Meulen) die reële concurrentiedruk zou uitoefenen op de betrokken partijen richtte zich vrijwel alleen op *private label* beschuit en gaf aan, gelet op de aantrekkelijkere marktvoorwaarden, zich meer op buitenlandse *retailers* te richten. Volgens ACM was het dan ook niet uitgesloten dat Van der Meulen haar overcapaciteit aan zou wenden voor de buitenlandse markt, waardoor

1 In deze bijdrage wordt met ACM in de periode voor 1 april 2013 ook de NMa aangeduid.

2 Voor een toelichting op de kroketten- en beschuitzaak zie, J.W. Fanoy e.a., 'Kroniek concentratiecontrole 2012', M&M nr. 2, 2013, p. 44-46 en 50-52.

3 NMa, besluit 14 december 2012, zaak 7321, Continental Bakeries-A.A. ter Beek.

4 NMa, besluit 2 november 2012, zaak 7332, Stichting Interconfessioneel Spaarne Ziekenhuis en Stichting Kennemer Gasthuis, NMa, besluit 2 november 2012, zaak 7236, Orbis Medisch Centrum, Stichting Orbis Zorgconcern, Stichting participatie Orbis en Stichting Atrium Medisch Centrum Parkstad en NMa besluit 2 november 2012, zaak 7295, Stichting Tweesteden ziekenhuis en Stichting St. Elisabeth Ziekenhuis.

zij op een bepaald moment niet meer zou meebieden op de *private label tenders* van de Nederlandse retailers. Daarmee zou volgens ACM in wezen na de concentratie alle concurrentiedruk wegvallen. ACM komt in 2012 tot de conclusie dat er onvoldoende actuele concurrentiedruk is om partijen na de voorgenomen concentratie te disciplineren op de Nederlandse markt voor productie en verkoop van beschuit via het *retail*-kanaal. Daarnaast gaf ACM aan onvoldoende concurrentiedruk door mogelijke uitbreiding van huidige producenten of toetreding door nieuwe partijen te zien. ACM onderzocht ook de mogelijke rol van compenserende inkoopmacht van *retailers*. Daarbij stelde ACM vast dat *retailers* niet zonder beschuit kunnen en dit als een ‘*must stock item*’ kwalificeert. Terwijl *retailers* in die zin afhankelijk waren van de producenten zouden er volgens ACM na de overname slechts een beperkt aantal alternatieve producenten van beschuit zijn. Voor de *private label* producten was er na de concentratie van partijen maar één alternatief (Van der Meulen). De *retailers* zouden volgens ACM bijzonder weinig opties overhouden om aan beschuit te komen. ACM kwam tot de slotsom dat zij over onvoldoende compenserende afnemersmacht beschikken. ACM concludeerde dat het voldoende aannemelijk is dat de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze beperkt zou worden door de voorgenomen overname.

De aanpak van ACM blijft niet verschoond van kritiek. Fanoy c.s. tekenen aan dat ACM tekortschiet bij haar prospectieve analyse in deze zaak. Zo zou ACM ten onrechte buiten beschouwing hebben gelaten dat *retailers* de betrokken partijen bij de onderhandelingen over beschuit kunnen gaan disciplineren door deegproducten zoals ontbijtkoek die deze partijen ook produceren (maar waar zij geen dominante positie hadden of zouden verwerven), niet of minder in te kopen.⁵ Ook zou de beperkte onderhandelingspositie van de retailers onverlet laten dat zij een (buitenlandse) toetreders zouden kunnen stimuleren bij het opzetten van een nieuwe productielijn. Dit bijvoorbeeld door het aanbieden van een leveringscontract voor langere duur, waardoor de concurrentie toe zou nemen en de prijs onder druk zou komen te staan. ACM is hier volgens Fanoy c.s. ten onrechte niet op ingegaan. De beschuitproducenten boden tevergeefs aan ACM aan om een productielijn voor beschuit te leveren en installeren bij een koper en scholing van het personeel van de koper te verzorgen. De afwijzing van het remedievoorstel van de beschuitproducenten had plaats zonder dat ACM een markttest verrichtte.⁶ Dit brengt Fanoy c.s. ertoe vraagtekens te plaatsen bij de zorgvuldigheid van het onderzoek dat ACM in deze zaak heeft verricht. Het blijft niet bij het kraken van kritische noten. De beschuitproducenten stelden tegen de weigering een vergunning voor de fusie te verlenen beroep in bij de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank verklaarde op 27

februari 2014 het beroep van partijen ongegrond.⁷ Bij het ter perse gaan van deze bijdrage was nog niet bekend of beroep tegen deze uitspraak is ingesteld.

In de zogenaamde krokettenzaak is, onder aan de streep, het resultaat na toetsing door ACM niet anders dan in de beschuitzaak. Rayaan (eigenaar van het merk Mora) en Ad van Geloven (eigenaar van het merk Van Dobben) zouden volgens ACM op de markt voor kroketten een gezamenlijk marktaandeel van 80-90% verwerven.⁸ Weliswaar gaf ACM in deze zaak onder voorwaarden groen licht voor de concentratie. Die voorwaarden (en vooral het op termijn van de markt halen van het merk Van Dobben) worden genoemd als de reden voor het afketsen van de fusie van de krokettenproducenten.⁹ Zowel in de kroketten- als beschuitzaak stelt ACM met haar oordeel de consument te beschermen.¹⁰ Het gaat de opzet van deze bijdrage te buiten om de vraag te beantwoorden of die stelling nu hout snijdt. Duidelijk is wel dat er de nodige kritiek is geuit op de werkwijze van ACM en niet is uitgesloten dat het CBb zich nog over de beschuitzaak zal moeten gaan buigen.¹¹

Concentraties van producenten van beschuit en kroketten stranden bij ACM vanwege hoge marktaandelen, maar zorgaanbieders mogen ondanks hoge marktaandelen van ACM fuseren: meet ACM met twee maten?

Een duidelijke overeenkomst tussen de beschuit- en krokettenzaak is dat ACM tot de conclusie komt dat de *retailers* onvoldoende tegenwicht zouden kunnen bieden aan de gefuseerde entiteit. Hoe om te gaan met compenserende inkoopmacht bij het ontstaan van (zeer) hoge gezamenlijke marktaandelen is een punt waar ACM bij zorgfusies ook geregeld mee te maken heeft. Zoals hierna wordt toegelicht, valt daarbij de beoordeling de laatste jaren steevast anders uit en krijgen fusies ondanks het ontstaan van hoge gezamenlijke marktaandelen wel groen licht van ACM.

De zorgsector

De zorgsector verschilt in tal van opzichten van de voedselsector. Wanneer de voedsel- en zorgsector tegen elkaar worden afgezet, valt op dat er in de zorg geen sprake is van een situatie dat de producenten, wederverkopers en consumenten één keten vormen. In de zorg is eerder

5 Supra, noot 2.

6 Ibid.

7 Rechtbank Rotterdam 27 februari 2014, zaaknummer: ROT 13/691.

8 NMa, besluit 13 februari 2013, zaak 7313, punt 57.

9 ‘Krokettenfusie definitief van de baan’, DistriFood 15 oktober 2012.

10 ‘NMa weigert vergunning voor overname Bolletje’, 14 december 2012 en ‘NMa ziet mogelijke problemen bij bakkerijfusie’, 17 april 2012 en ‘NMa onder voorwaarden akkoord met fusie snackproducenten’, 14 september 2012 en ‘NMa ziet problemen bij fusie tussen snackproducenten’, 13 februari 2012.

11 Supra noot 2.

Fusies van ziekenhuizen	Datum zienswijze NZa	Prijsstijging volgens NZa**	Marktaandelen voor algemene ziekenhuiszorg volgens ACM**	
			Niet-klinische algemene ziekenhuiszorg	Klinische algemene ziekenhuiszorg
Bronovo en Medisch Centrum Haaglanden	augustus 2013	9-11%	40-50%	50-60%
Lievensberg Ziekenhuis en R.K. Ziekenhuis Franciscus	mei 2013	8,5-9%	Tussen 30-40% en 70-80% op basis van patiëntenstromen	
HagaZiekenhuis en Reinier de Graaf Groep	januari 2013	6-8%	Geen marktaandelen in besluit opgenomen	
Zorggroep Leveste Midneveld en Christelijk Ziekenhuis Refaja	november 2012	3-4,5%	Geen marktaandelen in besluit opgenomen	
Sint Lucas Andreas Ziekenhuis en OLVG	augustus 2012	5-8%	41%	38%
Spaarne Ziekenhuis en Kennemer Gasthuis	juli 2012	10-15%	70-80%	60-70%
Orbis Medisch Centrum en Atrium Medisch Centrum	juli 2012	6-7%	60-70%	60-70%
Tweesteden Ziekenhuis en St. Elisabeth Ziekenhuis	juli 2012	24-28%	70-80%	70-80%
S.S.V.Z. en St. Franciscus	juni 2012	3-4%	30-40%	30-40%

*Bron: zienswijzen van de NZa, de cijfers zijn afgerond. **Bron: besluiten ACM.

Tabel 1: Fusies van ziekenhuizen

sprake van de driehoek zorgaanbieders, cliënten en zorgverzekeraar.¹² Daarnaast is het concentratietoezicht in de zorg anders, omdat naast ACM ook de NZa (en IGZ) aan zet zijn. Als gevolg van de inwerkingtreding van de zorgspecifieke fusietoets kan de NZa sinds enkele maanden bij één zorgfusie zelfs tweemaal een oordeel vellen.¹³ De NZa is eerst aan zet in het kader van de zorgspecifieke fusietoets en vervolgens mogelijk nogmaals als zij desgevraagd besluit tot het geven van een zienswijze aan ACM.¹⁴ In de zienswijzen bij fusies van ziekenhuizen rapporteerde de NZa de afgelopen jaren stevast aan ACM dat de NZa aan de hand van de inzet van fusiesimulatiemodellen (forse) prijsstijgingen verwacht. In tabel 1 is een overzicht opgenomen van de zaken die sinds juni 2012 zijn beoordeeld door de NZa.

Terwijl de NZa met de inzet van haar fusiesimulatiemodellen (forse) prijsstijgingen signaleert, leidt dat er niet toe dat ACM deze fusies verbiedt. ACM waagt zich er niet aan

de prijsstijgingen die de NZa signaleert mee te wegen in haar beoordeling.¹⁵ Een interessante vraag is of voor ACM hierbij ook meespeelt dat zij in 2006 de inzet van fusiesimulatiemodellen bij de beoordeling van een fusie van energieproducenten met een flinke tik op de vingers van het CBb heeft moeten bekopen.¹⁶ Het voert gezien de aard van deze bijdrage te ver die vraag in deze bijdrage te beantwoorden. Wel kan worden vastgesteld dat de gang van zaken waarbij ACM bij zorgfusies ondanks de door de NZa gesignaleerde prijsstijgingen groen licht geeft, onder andere in de Tweede Kamer de nodige vragen oproept.¹⁷ Kernvraag daarbij is, waarom houdt ACM deze fusies niet tegen?

12 Deze driehoek ontstaat nu: (i) men verplicht verzekerd is bij, (ii) een zorgverzekeraar die op grond van de Zorgverzekeringswet een zorgplicht heeft) en die namens de verzekerden zorg inkoop bij, (iii) de zorgaanbieders die op hun beurt de zorg verlenen aan, (i) de verzekerden.

13 Zie www.zorgspecifiekefusietoets.nl en D.W.L.A. Schrijvershof, 'De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?', *MP* 2013, nr. 5, p. 178-185.

14 Dat kan, zo geeft NZa ook op haar website aan, tot een positief oordeel leiden in het kader van de zorgspecifieke fusietoets, maar vervolgens een negatieve zienswijze aan ACM, zie www.nza.nl.

15 ACM, besluit 6 september 2013, zaak 13.0512.22, Bronovo-MCH, punt 78 e.v.: "ACM heeft in eerdere besluiten opgemerkt dat de door de NZa gebruikte modellen, zodra er enige overlap is tussen de werkgebieden van de concentratiepartners, altijd een prijsstijging zullen voorspellen. Naarmate er een grotere overlap is tussen de werkgebieden van de beide ziekenhuizen, zullen de voorspelde prijseffecten, ceteris paribus, ook groter worden. De gebruikte modellen zijn uiteraard een stilering van de werkelijkheid en de uitkomsten moeten gezien worden in samenhang met de andere analyses die ACM in de praktijk gebruikt om voorgenomen concentraties te beoordelen. Voorts geldt dat het door een gebrek aan empirische studies in Nederland op dit moment niet goed mogelijk is om in te schatten in hoeverre de voorspelde prijsstijgingen zich daadwerkelijk voor zullen gaan doen. Ten slotte houden de modellen geen rekening met eventuele efficiency- en synergievoordelen die door de concentratie zouden kunnen worden behaald."

16 D.W.L.A. Schrijvershof, 'College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 november 2006', *AM* 2007, nr. 2, p. 35-44.

17 *Kamerstukken II* 2012/2013, 33 253, 27 februari 2013.

ACM verleende, kort voordat zij de fusie van beschuitproducenten verbood, op 2 november 2012 voor drie ziekenhuisfusies een vergunning. Bij ieder van deze zaken was geen sprake van *remedies*, maar wel van een tijdelijk prijsplafond dat de betrokken ziekenhuizen gedurende het ACM-traject overeen waren gekomen met de zorgverzekeraars.¹⁸ ACM geeft aan met deze prijsplafonds rekening te houden, maar tekent aan dat deze plafonds niet als zodanig aan ACM als *remedy* zijn aangeboden. ACM licht in deze besluiten uitvoerig toe waarom zij rekening houdt met de transitiefase waarin de zorgsector de komende jaren verkeert. Deze besluiten van ACM zijn niet verschoond gebleven van kritiek.¹⁹ Ook nadien keurde ACM diverse fusies van ziekenhuizen goed zonder daarbij voorwaarden te stellen. Dat ging niet zonder slag of stoot. Zo mengde de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (NPCF) zich in de beoordeling door ACM van een fusie van twee Brabantse ziekenhuizen.²⁰ Ook de bezwaren die NPCF in dit kader aanvoerde, leidde er niet tot dat ACM een vergunning weigerde voor deze fusie. NPCF liet het hier niet bij zitten en tekende eind 2013 bij de Rechtbank Rotterdam beroep aan tegen het besluit van ACM. De fusie zou volgens NPCF de keuzevrijheid van de patiënten teveel beperken.²¹ De rechtbank heeft daarover nog geen oordeel geveld.

Een beperking van de keuzevrijheid kan inderdaad het gevolg zijn van zorgfusies, maar er spelen ook andere ontwikkelingen; want waar komt de fusiegolf in de zorg vandaan? De zorgsector bevindt zich, zoals de NZa en ACM aangeven, volop in transitie.²² Dat zal de komende jaren niet snel veranderen. Niet alleen omdat vanuit of met steun van de overheid de zorgsector voortdurend prikkels krijgt om te komen tot concentratie van zorg.²³ Tegelijk verlangen ook patiënten(verenigingen) dat er op korte termijn een concentratie van zorg plaatsvindt.²⁴ Er zijn meerdere wegen om dat doel te bereiken. Zo kunnen patiënten zelf 'met de voeten gaan stemmen'.²⁵ Een andere mogelijkheid is dat zorgverzekeraars selectief zorg inkopen, waardoor de zorgverzekeraar het zorgaanbod concentreert bij enkele of één aanbieder.²⁶ Weer een andere route is dat zorgaanbieders een samenwerking aangaan of fuseren. Al deze processen hebben één ding gemeen: er blijven op

termijn minder onafhankelijke aanbieders over waardoor voor de cliënt ieder keuzevrijheid afneemt, tenzij zijn reisbereidheid toeneemt.²⁷ Het verschil bij deze processen die tot een concentratie van zorg leiden, is dat zowel het eerste als tweede proces niet en het derde proces wel door ACM wordt getoetst.

Terwijl Henk Don in 2013 aangaf dat fusies van zorgaanbieders van alle tijden zijn, signaleerde hij ook een flinke aanwas aan zorgfusies te verwachten.²⁸ Het aantal onafhankelijke ziekenhuizen in Nederland daalt gestaag, doordat steeds meer ziekenhuizen met elkaar samengaan. Bij een fusie van ziekenhuizen is niet gezegd dat het aantal ziekenhuislocaties evenredig afneemt. In bepaalde gevallen lijkt dit juist te worden gezien als de mogelijkheid om een

Moet ACM bij fusietoetsing niet ook rekening houden met de mogelijkheid dat na de fusie de NZa indien nodig met haar 'aanmerkelijke marktmacht-instrument' op kan treden?

ziekenhuislocatie (langer) open te houden.²⁹ Het is zowel binnen als buiten de zorg niet aan ACM om vast te stellen of er sprake is van een (on)zinnige fusie.³⁰ ACM wordt alleen geacht na te gaan of er bij een fusie sprake is van een significante beperking van de mededinging. ACM geeft de afgelopen jaren steeds groen licht voor fusies van ziekenhuizen en andere zorgaanbieders.³¹ Daarbij zijn na de fusie grofweg twee scenario's te onderscheiden. Ten eerste het scenario waarbij de reisbereidheid van cliënten en, of inkoopmacht van de zorgverzekeraars toeneemt. Het tweede scenario is dat geen of slechts een van beide ontwikkelingen plaats heeft. In het tweede scenario zijn hoge prijzen en, of een kwaliteitsdaling niet direct een gegeven. In dat geval staat het de NZa (ook al heeft ACM groen licht voor de fusie gegeven) vrij haar AMM-instrumentarium uit artikel 48 en 49 Wmg in te zetten. Dat dit tot de mogelijkheden behoort, is precies het punt waarmee de NZa de afgelopen jaren steevast haar zienswijze aan

18 Supra, noot 4.

19 *NRC Handelsblad*, 'NMa tast mis bij ziekenhuisfusies', 9 januari 2013, p. 14.

20 Brief NPCF aan ACM, 10 juni 2012 te raadplegen via www.npcf.nl.

21 'NPCF in beroep tegen besluit ACM om ziekenhuisfusie goed te keuren', 15 oktober 2013, te raadplegen via www.npcf.nl.

22 Zie bijvoorbeeld NMa besluit 2 november 2012, zaak 7332/384 Spaarne Ziekenhuis-Kennemer Gasthuis, p. 6 e.v.

23 Voor een toelichting op het beleid gericht op 'spreiding en concentratie' van zorg zie: Bestuurlijk hoofdlijnenakkoord 2012-2015 tussen de NVZ, NFU, ZKN, ZN en het ministerie van VWS, 4 juli 2011.

24 Bijvoorbeeld KWF Kankerbestrijding, 'Verbreden normen, verdere concentratie en betere registratie & transparantie', januari 2014 te raadplegen via www.kwf.nl.

25 *Financieele Dagblad*, 'Ieder nadeel heb z'n voordeel', 27 juni 2013.

26 J. Visser, 'Concentratie spoedzorg ligt zwaar op de maag', *Medisch Contact* februari 2014, p. 298-299.

27 Nieuwe toetreders worden hierbij buiten beschouwing gelaten.

28 *NRC Handelsblad*, 'NMa: dit jaar ten minste zeven ziekenhuisfusies', 21 januari 2013, p. 2.

29 Bijvoorbeeld, www.reddesionsberg.nl: "Door de fusie met Nij Smellinghe is er nu de wederopbouw van een nieuw compact ziekenhuis, waar 24/7 goede zorg in de buurt is gewaarborgd."

30 *Marktvisie ACM*, 11 april 2013, p. 7.

31 Ook in de zorg stranden zaken op een rood sein van de ACM. Zo weigert ACM in 2011 een vergunning te verlenen voor de fusie van Stichting Zorgverlening Het Baken en Stichting Zorggroep Noordwest-Veluwe, zie ook ACM, 'NMa houdt fusie Veluwe zorginstellingen tegen', 20 december 2011. In dat bericht geeft ACM aan sinds 2004 ruim 150 concentraties in de zorgsector te hebben beoordeeld. In acht zaken hebben de beoogde fusiepartners zelfstandig de fusieplannen, mede gelet op de bezwaren van de ACM, niet voortgezet. Eveneens in acht zaken hebben de fusiepartijen, volgens de ACM, de fusie in gewijzigde vorm voortgezet door voorstellen te doen die de bezwaren van de ACM weg zouden nemen.

ACM mee afsluit.³² Met een AMM-maatregel kan de NZa prijsregulering of een verplichting om onder bepaalde omstandigheden met de zorgverzekeraars te contracteren bij de gefuseerde zorginstelling afdwingen. Hierbij geldt, anders dan bij toepassing van artikel 24 Mw door ACM, dat de NZa niet hoeft aan te tonen dat betrokken zorgaanbieder eerst ook daadwerkelijk misbruik van zijn machtspositie heeft gemaakt voordat de AMM-maatregel op kan worden gelegd.³³ Kortom, het afdwingen van een prijsplafond zou wanneer daar in het eerder genoemde tweede scenario aanleiding voor is ook door de NZa kunnen worden gerealiseerd.³⁴ Bij een kwaliteitsdaling na een fusie geldt in ieder geval dat IGZ ook na de fusie er op

De stelling dat ACM bij zorgfusies bij twijfel de fusie moet verbieden, miskent het juridisch kader waarin ACM geacht wordt te opereren.

toeziet dat de minimumkwaliteitsnormen worden gehaald. Een interessante vraag is dan ook of en in hoeverre ACM bij de beoordeling van zorgfusies rekening dient te houden met de AMM-bevoegdheden van de NZa. ACM dient om vast te stellen of sprake is van een daadwerkelijke significante beperking van de mededinging als gevolg van een fusie met alle omstandigheden van het geval rekening te houden. Eerder gaf het Hof van Justitie van de EU (Hof) in *Tetra Laval* aan dat bij de beoordeling van de mate van waarschijnlijkheid dat als gevolg van een fusie een significante beperking van de mededinging zich kan materialiseren ook de onwettigheid van die gedraging mee dient te wegen. Er is geen reden om aan te nemen dat dit voor ACM wezenlijk anders zou moeten zijn.³⁵

In het geval van *Tetra Laval* sprak het Hof zich uit over de situatie waarbij sprake was van de (dreiging die voor de gefuseerde entiteit *Tetra Laval/Sidel* uitgaat van) sanctie bij overtreding van het verbod op misbruik van een machtspositie.³⁶ In het geval van de zorg ligt de lat voor het treffen van maatregelen na een fusie van zorgaanbieders wezenlijk lager. Optreden door de NZa met haar AMM-instrument tegen een zorgaanbieder met een machtspositie is (anders dan in het geval van ACM bij artikel 24 Mw) niet eerst mogelijk nadat misbruik van een machtspositie is aangetoond. Kortom, bij de beoordeling

van een zorgfusie zou ACM ook rekening dienen te houden met het feit dat (zorgaanbieders weten dat) na de fusie de NZa indien nodig kan optreden tegen de gefuseerde zorginstelling.³⁷ Dat kan de NZa niet alleen naar aanleiding van een klacht, maar ook ex officio doen én de Wmg laat de NZa de ruimte om bij spoedgevallen snel in te grijpen (zie artikel 49 Wmg).

Uiteraard kan daartegen worden ingebracht dat optreden door de NZa slechts een tijdelijk karakter heeft en dat ACM dit daarom niet (vol) mee zou mogen wegen.³⁸ Daar zijn diverse kanttekeningen bij te plaatsen. Om er twee kort uit te lichten. Ten eerste geldt dat de NZa bij monde van Theo Langejan in 2013 aangeeft: “Maar wat we nu marktwerking noemen, is een zeer gereguleerde markt. En wat we vroeger hadden, was ook een heel gereguleerde markt. Als we goede zorg willen, toegankelijk voor alle zestien miljoen Nederlanders, zal er altijd regulering nodig zijn”.³⁹ In het verlengde daarvan geldt ten tweede, dat er gewerkt wordt aan het versterken van het AMM-instrumentarium door de NZa in dat kader ook de bevoegdheid te geven om in het uiterste geval een zorgaanbieder met een machtspositie te ontbundelen. Zo zou de NZa de bevoegdheid krijgen om een zorgaanbieder op te splitsen. Daarmee zou het ingrijpen met het AMM-instrument een permanent karakter krijgen. Daarnaast kan er het signaal van uitgaan dat het (structureel) in de wind slaan van AMM-maatregelen (zoals een ‘prijsplafond’ of ‘contracteerverplichting’) een zorgaanbieder duur kan komen te staan nu de NZa in dat geval haar ontbundelingsbevoegdheid toe zou kunnen gaan passen. Het voorstel ten aanzien van de ontbundelingsbevoegdheid van de NZa wordt dit voorjaar bij de Tweede Kamer ingediend.⁴⁰ Het is natuurlijk zeer de vraag of, als dit wet wordt, er ooit gebruik van zal worden gemaakt. Dit vooral ook omdat de positie van de zorgverzekeraars ondertussen alsmaar sterker wordt.⁴¹

Sinds 2012 is in de Tweede Kamer een wetsvoorstel in behandeling waarmee de zorgverzekeraars de mogelijkheid krijgen de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg geheel uit te sluiten.⁴² Dit behelst de afschaffing van het zogenaamde hinderpaal-criterium uit artikel 13 Zorgverzekeringswet (Zvw). Nu geldt dat artikel 13 Zvw weliswaar voorziet in de mogelijkheid van een lagere vergoeding voor een naturaverzekerde die naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, maar de vergoeding niet zo laag

32 NZa geeft stevast aan: “De NZa geeft in deze zienswijze geen oordeel over of het gefuseerde ziekenhuis beschikt over AMM. De NZa kan overgaan tot een onderzoek op grond van artikel 48 en/of 49 Wmg om AMM vast te stellen. Indien de NZa na dit onderzoek vaststelt dat er sprake is van AMM, kan zij verplichtingen zoals genoemd in artikel 48 Wmg opleggen.” Zie bijvoorbeeld NZa zienswijze in zaak 7562 juni 2013, concentratie Lievensberg ziekenhuis-R.K. ziekenhuis St Franciscus.

33 CBB 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731.

34 Uit de wetsgeschiedenis bij de Wmg volgt dat een AMM-positie bij een 55% marktaandeel behoudens tegenbewijs geacht wordt aanwezig te zijn.

35 Vergelijk T. Ottervanger & I. Veldhuis, ‘Europese Commissie *Tetra Laval*’, *M&M* 2005, nr. 4/5, p. 152-158.

36 HvJ zaak C-12/03 P Europese Commissie/*Tetra Laval*, r.o. 74.

37 ACM geeft dat zelf ook al aan in ‘Vraag en antwoord NMa-besluiten drie ziekenhuisfusies, december 2012’, te raadplegen via www.acm.nl. waarin ACM stelt: “De NMa houdt de vinger aan de pols of de ziekenhuizen zich aan het plafond houden. De NZa kan ingrijpen als de NMa toch een bijzondere prijsstijging aantoonst en blijkt dat een van de ziekenhuizen aanmerkelijke marktmacht heeft.”

38 Dezelfde AMM maatregel kan maximaal voor de duur van drie jaar worden opgelegd.

39 ‘NZa: vrije artskeuze niet ter discussie’, *Headline*, april 2013, p. 9.

40 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 620, nr. 106.

41 *Supra*, noot 39, p. 8.

42 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 362, nr. 2.

mag zijn dat het voor de verzekerden een ‘hinderpaal’ is om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan. Minister Schippers wenst dit criterium weg te nemen, zodat de zorgverzekeraar volledige vrijheid heeft bij het bepalen van deze vergoeding en zelfs mag bepalen dat hij in dat geval geen vergoeding geeft. Daarmee zou de vrije keuze van zorgaanbieder voor patiënten sterk worden ingeperkt. Theo Langejan van de NZa gaf in 2013 aan dit voorstel toe te juichen. Tegelijkertijd gaf hij aan: *“Als je dan bedenkt dat die incentives voor zorgverzekeraars in 2012 zijn ingegaan en ziet wat ze al hebben geïnvesteerd, vind ik dat we al heel ver zijn. Over twee à drie jaar zullen we al forse verschillen zien. Aanbieders vinden al dat de omgeving ruwer is geworden.”*⁴³ Kortom, niet alleen is er sprake van een situatie waarbij volgens de toezichthouder het effect van eerdere (stelsel)wijzigingen in de zorg nog niet volledig zichtbaar is. Ook geldt dat er ondertussen wordt gewerkt aan het nog verder versterken van de inkoopmacht van de zorgverzekeraars én het uitbreiden van het instrumentarium waarmee de NZa toezicht houdt op zorgaanbieders.

Fusiecontrole door ACM (effectief en transparant) meten met verschillende maten?

Niet iedere markt is hetzelfde. Zo kan het zijn dat waar een hoog marktaandeel op de ene markt een indicatie is voor marktmacht er bij hetzelfde, of zelfs hoger marktaandeel op een andere markt geen sprake is van marktmacht omdat de (factoren op de) markt nu eenmaal anders is (zijn). Zo is niet gezegd dat meten met verschillende maten door ACM aan de orde is als op een markt een fusie die leidt tot zeer hoge marktaandelen wel groen licht krijgt, terwijl dat op een andere markt niet het geval is.⁴⁴ Dat laat onverlet dat commentatoren menen dat met name voor de zorgsector, mede vanwege de publieke belangen, door ACM fusies anders getoetst zouden moeten worden. Maar kan ACM wel voldoende effectief en transparant met verschillende maten meten bij fusietoetsing? De zorg is met voorsprong een sector waar hierbij geregeld een weeffout de kop op steekt: het effectief en transparant (mee) kunnen wegen van publieke belangen. ACM is zich bewust van het spanningsveld dat ontstaat wanneer zij publieke belangen gaat wegen. Zo geeft ACM in haar jaarverslag 2009 aan: *“In feite komt een mededingingsautoriteit in een tamelijk delicate positie als het gaat om de vraag hoe publieke belangen kunnen worden meegenomen in de beoordeling van mededingingsbeperkende afspraken of transacties. Aan de ene kant dreigt Scylla, die ons een marktfundamentalist doet lijken, die heilig gelooft dat de markt alle problemen kan oplossen. Aan de andere kant moeten we Charibdis vermijden, die ons allerlei soorten belangen laat wegen op een manier die de mogelijkheden van een bestuursorgaan ver overstijgt.”*⁴⁵

Eerder is gesignaleerd dat het (mee)wegen van publieke belangen door ACM kan leiden tot rechtsonzekerheid.⁴⁶ Hoe moet ACM aanspraken ten aanzien van publieke belangen nu beoordelen en afwegen tegen de aanwezigheid van mededingingsbezwaren.⁴⁷ Uit onderzoek volgt dat een helder juridisch kader voor ACM om deze belangen te wegen ontbreekt.⁴⁸ Dat betekent niet dat ACM in het geheel niet toekomt aan de weging. ACM lost dit op door te wijzen op het feit dat ACM niet eigenstandig overgaat tot een weging van publieke belangen. Wanneer een beroep wordt gedaan op publieke belangen in het kader van de analyse of de (efficiëntie)voordelen de nadelen voor de mededinging overtreffen, dient volgens ACM het betreffende publieke belang een adequate wettelijke of politieke grondslag te kennen.⁴⁹ ACM benadrukt dat dit criterium consequent wordt gehanteerd voor het accepteren van (efficiëntie)voordelen in het domein van publieke belangen, zowel binnen als buiten de voedsel- en zorgsector.⁵⁰ Deze aanpak hanteert ACM ook bij de handhaving van het kartelverbod. ACM geeft bijvoorbeeld aan dat er een adequate wettelijke of politieke grondslag dient te zijn, wil ACM publieke belangen in het kader van de beoordeling van mededingingsbeperkende duurzaamheidsinitiatieven in de voedselsector meewegen.⁵¹ ACM legt op die manier de bal bij de wetgever. Zolang die hiermee niet aan de slag gaat en een duidelijk (wettelijk) kader ontbreekt waarbinnen de publieke belangen zijn (mee) te wegen, blijft zowel binnen als buiten de voedsel- en zorgsector voor ACM een knelpunt bestaan.⁵²

In de zorgsector wordt er voor gepleit om ACM de koers te laten varen om bij twijfel fusies te verbieden.⁵³ Zouden de zorgaanbieders desondanks willen fuseren dan dienen zij op grond van artikel 47 Mw aan de minister van Economische Zaken (EZ) goedkeuring te vragen.⁵⁴ Deze benadering betekent dat zorgaanbieders eerst een (veelal langlopend en kostbaar) traject bij NZa en ACM moeten doorlopen alvorens bij de minister van EZ aan te kunnen kloppen. Tegelijkertijd legt deze aanpak beslag op capaciteit bij de NZa en ACM, terwijl daarmee de toetsing niet wordt

46 P. de Bijl & T. van Dijk, ‘Mededingingsbeleid en publieke belangen: een economisch perspectief’, *M&M* 2012, nr. 4, p. 149-156.

47 Deze vraag geldt ook wanneer hoewel van een daadwerkelijke significante beperking van de mededinging geen sprake is de wens bestaat een zorgfusie niet goed te keuren om op die manier in een regio een bepaald aantal specifieke onafhankelijk zorgaanbieders te behouden.

48 S.A.C.M. Lavrijssen, ‘What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?’, *ELR* 2010, nr. 5, p. 634-659.

49 F.J.H. Don, ‘Publieke belangen! Maar welke? En hoe ga je er mee om?’, In: H. Don, e.a., *The Art of Supervision*, Liber Amicorum Pieter Kalbfleisch, 30 juni 2011, p. 245-252.

50 NMa, ‘Informeel zienswijze Managementplan MSC Garnalenvisserij’, 18 april 2011.

51 *Financieel Dagblad*, ‘ACM laakt vaagheid overheid’, 26 oktober 2010.

52 *Ibid.*

53 E. Loozen, E. Schut & M. Varkevisser, ‘Zorgen over toezicht op zorgfusies’, *VGE Bulletin* vol. 27, nr. 3, oktober 2011, p. 11.

54 M. Varkevisser & E. Schut, ‘Zorgspecifieke fusietoets is overbodig en ongewenst’, *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, nr. 2, p. 33-41.

43 *Supra*, noot 39, p. 8.

44 Zie ook Gerecht 11 december 2013 zaak T-79/12 (Cisco Systems en Mesagenet/Commissie).

45 Jaarverslag NMa 2009, p. 45.

afgerond.⁵⁵ Bovendien geldt dat bij een beoordeling op grond van artikel 47 Mw de fusietoetsing eerder een ad hoc karakter krijgt en bovenal de fusietoetsing wordt afgedaan met een politiek besluit. Wat hier ook van zij, het paard wordt achter de wagen gespannen. Het kan niet de bedoeling zijn om bij iedere fusie waarbij de zorgaanbieders een gezamenlijk marktaandeel boven 55% verwerven de minister van EZ dient te worden aangezocht. Dat zou in de afgelopen anderhalf jaar alleen al voor ziekenhuisfusies in ten minste vijf gevallen aan de orde zijn geweest (zie tabel 1).⁵⁶ Ligt het niet meer voor de hand als men bezwaren heeft tegen de huidige aanpak van ACM bij toetsing van zorgfusies te pleiten voor invoering van een beter kader voor ACM om zorgfusies te toetsen? Is dat, zeker nu de overheid zelf aanjager is van de fusiegolf in de zorg, ook niet logischer?⁵⁷ In november 2013 lijkt een eerste stap te zijn gezet toen in de Eerste Kamer de motie Flierman werd aangenomen. Die motie strekt ertoe dat Minister Schippers een visie op evenwichtige spreiding van algemene ziekenhuiszorg in Nederland ontwikkelt.⁵⁸ Die motie is nog niet uitgevoerd, maar biedt wel perspectieven. De motie kan worden aangewend om ACM bij toetsing van ziekenhuisfusies op transparante wijze rekening te laten houden met publieke belangen die in dat geval een adequate wettelijke of politieke grondslag kennen.

Conclusie

ACM is bij concentraties ongeacht om welke sector het gaat steeds gehouden een prospectieve analyse te verrichten. Zoals ook uit de voorbeelden in de voedsel- en zorgsector volgt, is het verrichten van die prospectieve analyse geen

55 Dit betekent dat partijen melden bij de NZa, vervolgens bij ACM en eerst daarna op grond van artikel 47 Mw een verzoek indienen bij de minister van EZ.

56 Dit aantal ligt ten minste tweemaal zo hoog wanneer andere zorgconcentraties mee worden genomen.

57 Bijvoorbeeld 'Bestuurlijk hoofdlijnenakkoord 2012-2015 tussen de NVZ, NFU, ZKN, ZN en het ministerie van VWS', 4 juli 2011 en 'Bestuurlijk Akkoord Toekomst GGZ', 2013-2014, 18 juni 2012.

58 *Kamerstukken I 2012/13*, 33 253, E. De motie luidt: "Dat een evenwichtige spreiding van algemene ziekenhuizen over ons land als een publiek belang kan worden geduid; dat deze spreiding als een element in het stelsel van de volksgezondheid moet worden gezien; dat de regering op het gebied van de volksgezondheid stelselverantwoordelijkheid draagt; roept de regering op om een visie op de spreiding van algemene ziekenhuizen in ons land te ontwikkelen, en mogelijkheden tot realisatie van die visie te creëren."

sinecure. Niet alleen kan het marktgedrag en bijbehorende data uit het verleden een beperkt voorspellende waarde voor de toekomst hebben. Bovendien verschillen de factoren op de markt waarmee ACM rekening dient te houden in haar analyse in de zorgsector sterk van de factoren in de voedsel- en andere sectoren. Ook geldt dat een markt, de regelgeving en het toezicht sterk in beweging of ontwikkeling kunnen zijn. Meten met twee maten is dan ook niet een vaststaand gegeven als ACM besluit een fusie op een markt bij het verkrijgen van hoge gezamenlijke marktaandelen te verbieden, terwijl een fusie op een andere markt waarbij partijen vergelijkbare hoge gezamenlijke marktaandelen verkrijgen wel groen licht krijgt.

Terwijl critici menen dat ACM ten onrechte in de zorg de kaarten sterk lijkt te zetten op bepaalde marktontwikkelingen, zou ACM dat in de voedselsector juist nalaten. Volgens de rechtbank heeft ACM bij haar beoordeling van de beschuitzaak geen steken laten vallen. Goed denkbaar is dat de betrokken partijen daar wezenlijk anders over denken en beroep bij het CBB wordt ingesteld. Kortom, het laatste woord over deze zaak is wellicht nog niet gezegd. Dat geldt in ieder geval voor de fusie van de Brabantse ziekenhuizen. Het vonnis ten aanzien van het beroep van NPCF zal wel nog geruime tijd op zich laten wachten. Tot dat moment kan men uiteraard al snel in de verleiding komen te stellen dat bij zorgfusies de aanpak van ACM stevast moet zijn 'bij twijfel rood licht'. Hoe verleidelijk ook, maar zolang ACM geacht wordt binnen het huidige juridische kader te opereren (waarbij ACM met voldoende mate van waarschijnlijkheid moet aantonen dat een significante beperking van de mededinging zich daadwerkelijk zal voordoen), kan dat niet van ACM gevraagd worden.⁵⁹ Zou men hier op korte termijn verandering in willen zien, dan is het zaak een strakker kader vast te laten stellen om de publieke belangen in de zorg transparant en objectief door ACM (mee) te laten wegen.

Over de auteur

Mr. Diederik Schrijvershof is advocaat bij Maverick Advocaten N.V. en vaste medewerker van MP.

59 Vergelijk Gerecht van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, *Jurispr.*, p. II-3745, r.o. 61 en Gerecht van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, *Jurispr.*, p. II-5575, r.o. 464.