

19 jul 2017

## **Kostbare** zorgfusietoetsing en lage ACM-drempels

In de zorg dient een fusie of overname al snel te worden gemeld bij de Autoriteit Consument en Markt. Dit is het gevolg van de verlaagde omzetsdrempels vervat in het Besluit tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen. Het Besluit is geldig tot en met 31 december 2017.



Wordt het Besluit per 1 januari 2018 verlengd en zo ja, wordt het toepassingsbereik verder verruimd of aangepast?

### **Mededinging beperkt**

In 2007 was de reden om **verlaagde omzetsdrempels** voor de zorgsector in te voeren de wens om de ACM niet achter het net te laten vissen. Zonder de verlaagde drempels zouden bepaalde zorgaanbieders kunnen fuseren zonder dat de ACM dat vooraf kon toetsen en zouden de aanbieders zo de mededinging kunnen beperken. Die vrees leeft nog steeds en dus is het waarschijnlijk dat **het Besluit** per 1 januari 2018 wordt verlengd. Er bestaat daarbij een gereede kans dat de gelegenheid wordt aangegrepen om mondzorg en jeugdzorg effectief onder het toepassingsbereik van de verlaagde omzetsdrempels te brengen. Tot nu toe worden fusies van aanbieders in die sectoren in de praktijk niet geraakt door de verlaagde omzetsdrempels.

### **Verkort besluit à 17.450 euro**

Tegelijk ontvangt de ACM jaarlijks veel meldingen van transacties zonder dat daarbij sprake is van enige (wezenlijke mate van) overlappende activiteiten of hoge gezamenlijke marktaandelen van de betrokken partijen. Dergelijke zaken doet de ACM dan ook af met een verkort besluit. In 2016 is ruim 90 procent van de besluiten in de meldingsfase door de ACM verkort afgedaan. Een verkort besluit biedt voor de praktijk geen meerwaarde. Zo wordt daarin niet ingegaan op inhoudelijke zaken. Wel zijn er bij een verkort besluit (administratieve) lasten. Ten eerste kost het meldingsproces de betrokken ondernemingen en de ACM tijd en capaciteit. Dit komt doorgaans bovenop de tijd en middelen die de ondernemingen dienen te besteden aan de zorgspecifieke fusietoets van de Nederlandse Zorgautoriteit. Ten tweede verlangt de ACM van de meldende partijen ook voor een verkort besluit een *filing fee* van 17.450 euro.

### **Doelgerichte drempels**

Het is mogelijk om een meer proportionele benadering bij fusietoetsing te kiezen. Zo geldt in het Verenigd Koninkrijk een *regime van vrijwillige melding*. Dit zou in Nederland goed kunnen werken. Ook als een regime met vrijwillige melding gezien wordt als een stap te ver kan een meer doelgerichte toetsing van zorgfusies worden gecreëerd. Men kan de verlaagde omzetrempels in de zorg handhaven, maar tegelijkertijd transacties die de mededinging evident niet beperken daarvan uitzonderen. Aan het Besluit kan in dat kader worden toegevoegd dat de verlaagde omzetrempels alleen gelden voor transacties: (i) waarbij sprake is van overlappende activiteiten van de betrokken ondernemingen en (ii) waarbij de betrokken partijen door de transactie op enige markt een gezamenlijk marktaandeel van minimaal 25 procent bereiken.

### **Waarom dit voorstel?**

Nu dienen ook transacties in de zorg waarbij voorzienbaar geen sprake is van een beperking van de mededinging te worden gemeld bij de ACM. Een voorbeeld is een investeringsmaatschappij die een belang in een kraamzorgaanbieder verwerft en reeds zeggenschap heeft over een verslavingszorgaanbieder. Bij deze transactie is er voorzienbaar geen inhoudelijke overlap, laat staan een mededingingsrechtelijk probleem. Een ander voorbeeld. De investeringsmaatschappij heeft zeggenschap over een kraamzorgaanbieder die alleen actief is in een wezenlijk ander deel van Nederland dan waar de andere te verwerven kraamzorgaanbieder actief is.

### **Geen concurrentie**

Deze twee kraamzorgaanbieders concurreren niet met elkaar (er is geen geografische overlap van de relevante activiteiten van de betrokken ondernemingen). Gezien deze vooraf kenbare feiten

leidt ook deze transactie niet tot een significante beperking van de mededinging. Beide transacties vallen, gezien het generieke karakter van de **verlaagde omzetsdrempels**, wel al snel onder het bereik van het Besluit en dienen dus vooraf gemeld te worden bij de ACM. Daarmee wordt het doel achter de verlaagde omzetsdrempels niet gediend. Want het is vooraf al kenbaar dat de ACM deze transacties goed zal keuren nu zij niet kunnen leiden tot een significante beperking van de mededinging.

### **criterium van 25 procent gezamenlijk marktaandeel**

Ook bij zaken waar wel overlap tussen de betrokken zorgaanbieders is, loont het om het Besluit aan te passen. Denkbaar is om alle fusies van zorgaanbieders die als gevolg van hun fusie op geen enkele markt een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 25 procent verwerven uit te zonderen van het Besluit. Immers ook in die gevallen is van de transactie geen significante beperking van de mededinging te verwachten. De ACM hanteert het criterium van 25 procent gezamenlijk marktaandeel ook al. Tot **medio 2008** gold dit als het criterium om een melding bij de ACM met een verkort besluit af te doen. De huidige **ACM Uitvoeringsregel verkorte afdoening** laat de ACM nog meer ruimte om bij een transactie voor een verkort besluit te kiezen.

### **Reden voor uitzonderingen**

De lage generieke omzetsdrempels die in de zorg gelden, vormen voor de ACM een van de redenen om meldingen af te doen met verkorte besluiten. Er zijn geen gevallen bekend waarbij de ACM een zorgfusie met een verkort besluit afdeed en nadien bleek dat door die fusie toch sprake was van een significante beperking van de mededinging. Kortom, er is ruimte om bij verlenging van het Besluit bepaalde zorgconcentraties zoals met een gecombineerd marktaandeel tot 25 procent daarvan uit te zonderen.

### **Lastenverlichting in de zorg**

In de zorg klinkt geregeld de roep om verlichting van de administratieve lasten. De ACM zou daaraan een bijdrage kunnen leveren. Daarvoor hoeft de zorgfusietoetsing van de ACM niet overboord. De voorgestelde beperkingen van de reikwijdte van het Besluit bieden zowel de zorgaanbieders als de ACM voordelen. De ACM krijgt meer tijd om haar capaciteit te richten op fusies in de zorg die een significante beperking van de mededinging teweeg kunnen brengen. Als de ACM effectief toezicht op de zorgsector wil houden, dan is het tijd voor een koerswijziging.

*Diederik Schrijvershof is advocaat en partner bij **Maverick Advocaten***