

Annotatie

Ziekenhuis Walcheren/ Oosterscheldeziekenhuizen

Mr. P.D. van den Berg*

Inleiding

Op 25 maart 2009 heeft de NMa onder voorwaarden goedkeuring verleend voor de fusie tussen Stichting Ziekenhuis Walcheren en Stichting Oosterscheldeziekenhuizen, nadat op 23 juli 2008 door de NMa was besloten dat een vergunningsaanvraag vereist was.¹ Het besluit is om een aantal redenen interessant. Door de concentratie ontstaat een monopoliepositie op het gebied van ziekenhuiszorg in de regio Midden-Zeeland. De NMa verleent uiteindelijk toch goedkeuring mede op basis van een efficiëntieverweer. Daarnaast geeft het besluit inzicht in het samenspel tussen de drie toezichthouders in de zorgmarkt: de NMa, de NZa en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ). Daarbij vindt een afweging plaats tussen de beperkingen van de mededinging en publieke belangen zoals betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de ziekenhuiszorg. Het besluit geeft inzicht in de wijze waarop de NMa met publieke belangen omgaat.

Na bespreking van het besluit zal tevens worden ingegaan op het *failing-firm defence* en de overeengekomen verbin-

Het besluit

Partijen

Ziekenhuis Walcheren en Oosterscheldeziekenhuizen bieden beide klinische en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg aan. Klinische zorg omvat behandelingen waarbij de patiënt langer dan 24 uur wordt opgenomen in het ziekenhuis. Bij niet-klinische zorg kan een patiënt via een poliklinische behandeling of dagopname binnen een etmaal worden geholpen. Ziekenhuis Walcheren opereert vanuit haar hoofdvestiging in Vlissingen en heeft tevens een niet-klinische vestiging in Middelburg. Oosterscheldeziekenhuizen biedt zorg aan vanuit haar hoofdvestiging in Goes en niet-klinische zorg vanuit een vestiging in Zierikzee. Beide ziekenhuizen bieden een vergelijkbare verscheidenheid aan specialisaties aan. Tevens beschikken zij over een afdeling waar 24 uur spoedeisende eerste hulp wordt geboden en over faciliteiten op het gebied van Intensive Care. Beide instellingen hebben een vergelijkbaar aantal bedden en behandelingen,² en zijn de enige twee ziekenhuizen die algemene ziekenhuiszorg aanbieden in de regio Midden-Zeeland.

Partijen kampen met problemen. Gezien hun beperkte schaalgrootte en gebrek aan subspecialisatie zullen de instellingen volgens de partijen zonder fusie in de toekomst niet langer als zelfstandig ziekenhuis op verantwoorde wijze basiszorg kunnen verlenen.

* Mr. P.D. van den Berg is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. De auteur bedankt Susan van Niftrik voor haar bijdrage bij de totstandkoming van de annotatie.

1. In september 2005 is de voorgenomen concentratie voor de eerste keer bij de NMa gemeld. Volgens de NMa waren de ziekenhuizen niet in staat gebleken aan te tonen dat de concentratie efficiëntievoordelen met zich mee zou brengen, waardoor een vergunning moest worden aangevraagd (Besluit 25 maart 2009, zaak 5196, *Ziekenhuis Walcheren – Stichting Oosterscheldeziekenhuizen*, 18 november 2005). Tijdens de vergunningsfase hebben partijen de aanvraag ingetrokken. Deze is vervolgens opnieuw gemeld op 25 juni 2008.

2. Walcheren heeft 369 bedden, Oosterscheldeziekenhuizen 364 bedden. Daarmee zijn de ziekenhuizen individueel wat kleiner dan gemiddeld in Nederland (bijna 500 bedden).

Marktafbakening

Relevante productmarkt

Sinds de eerste beoordeling van een concentratie van ziekenhuizen,³ gaat de NMa uit van aparte relevante productmarkten voor klinische en niet-klinische ziekenhuiszorg. Dit onderscheid is gebaseerd op een gebrek aan mogelijkheden voor aanbod- en vraagsubstitutie tussen klinische en niet-klinische zorg. Vanuit de zorgvrager bezien is het in de regel niet mogelijk een behandeling waarvoor klinische opname is vereist, te vervangen door een behandeling die binnen 24 uur kan worden gedaan.⁴ Bovendien verschillen de toetredingsdrempels tussen klinische en niet-klinische zorg.

Een nadere afbakening van de productmarkt zou kunnen worden gebaseerd op bijvoorbeeld diagnoses of medische specialismen. Bij eerdere besluiten heeft de NMa onderzoek gedaan naar een mogelijk nader onderscheid, maar een onderverdeling naar klinische en niet-klinische algemene zorg wordt afdoende geachte vanwege mogelijke aanbods substitutie van specialismen. De meeste Nederlandse ziekenhuizen bieden algemene zorg aan met een vergelijkbaar aanbod van specialismen waardoor een beoordeling per specialisme niet snel zal afwijken van een beoordeling die uitgaat van een markt voor algemene ziekenhuiszorg. Mochten ziekenhuizen zich in de toekomst verder specialiseren dan zal een nader onderscheid in ieder geval relevanter worden.⁵

Relevante geografische markt

Afbakening van de geografische markt in de zorgsector heeft in eerdere besluiten en in de literatuur aanleiding gegeven tot discussie en onderzoek. Bij de eerste inhoudelijke beoordeling van een concentratie van ziekenhuizen⁶ heeft de NMa de Elzinga-Hogarty-test (EH-test) toegepast om te komen tot een afbakening. De EH-test gaat uit van gerealiseerde patiëntenstroomgegevens voor de fusie. Het nadeel van de test is dat deze statisch is en geen rekening houdt met ander reisgedrag van patiënten als gevolg van een wijziging in het aanbod, bijvoorbeeld een kwaliteitsdaling of een prijsstijging. Daarom heeft de NMa in opvolgende besluiten een dynamische analyse toegevoegd door eveneens onderzoek te doen naar de reisbereidheid van patiënten.⁷

Tijdens de oorspronkelijke meldingsfase in 2005 heeft de NMa gemiddelde reistijden tussen beide ziekenhuizen

alsmede eventuele alternatieve instellingen onderzocht, een analyse van patiëntenstromen op basis van de EH-test toegepast en ten slotte een onderzoek onder marktpartijen uitgevoerd om de geografische markt vast te stellen. Hoewel partijen hadden beargumenteerd dat op basis van de EH-test beide ziekenhuizen zich in een andere geografische markt bevinden, concludeerde de NMa dat partijen zich bevinden in eenzelfde geografische markt die Midden-Zeeland omvat. In het onderhavige besluit heeft de NMa zowel in de meldingsfase als in de vergunningfase geconcludeerd dat dezelfde geografische marktafbakening nog steeds van toepassing is.⁸

Gevolgen van de concentratie

De NMa concludeert dat partijen de enige aanbieders van algemene klinische en niet-klinische ziekenhuiszorg in de regio Midden-Zeeland zijn. De transactie resulteert derhalve in een bijna-monopolie op de relevante markt. De NMa stelt dat de voordelen die patiënten ontnemen aan concurrentie daarmee in beginsel zullen verdwijnen. Vervolgens beoordeelt de NMa of er factoren aanwezig kunnen zijn die een machtspositie kunnen relativeren. Toetredingsplannen van twee private investeerders voor de markt voor algemene ziekenhuiszorg in Midden-Zeeland acht de NMa onvoldoende concreet. Mede vanwege de hoge toetredingsdrempels is de NMa van mening dat het hoge marktaandeel niet kan worden gemitigeerd door reële (dreiging van) toetreding.

De NMa gaat tevens in op compenserende afnemersmacht als mogelijk relativerende factor, in lijn met de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies van de Europese Commissie. Opvallend is dat de twee grootste zorgverzekeraars in Midden-Zeeland desgevraagd stellen dat zij voldoende in staat zullen zijn om het gecombineerde ziekenhuis te disciplineren, maar dat de NMa deze opvatting niet volgt.⁹ In het zogenoemde vrije B-segment voeren ziekenhuizen onderhandelingen met zorgverzekeraars onder meer omtrent prijzen.¹⁰ De zorgverzekeraars geven aan dat zij kunnen dreigen met sturing van patiënten naar ziekenhuizen buiten de relevante geografische markt. De NMa overweegt echter dat de zorgverzekeraars een wettelijke zorgplicht hebben waaruit volgt dat een patiënt binnen een redelijke reistijd bij een zorgaanbieder terecht moet kunnen.¹¹ Daarnaast kunnen patiënten overstappen naar een andere verzekeraar. De

3. Besluit 28 januari 2004, zaak 3524, *Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis/Leyenburg Ziekenhuis*.

4. Besluit 28 januari 2004, zaak 3524, *Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis/Leyenburg Ziekenhuis*, randnummer 48.

5. Partijen zijn niet actief op het gebied van toppreferente en topklinische zorg. Toppreferente zorg is hooggespecialiseerde zorg die wordt verleend door universitaire medische centra en door enkele topklinische opleidingsziekenhuizen. Topklinische zorg is hooggespecialiseerde zorg waarvoor naast een aparte vergunning in het kader van de Wet bijzondere medische verrichtingen in de regel ook kostbare en specialistische voorzieningen nodig zijn.

6. Besluit 28 januari 2004, zaak 3524, *Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis/Leyenburg Ziekenhuis*.

7. Deze omslag vond plaats in de vergunningsfase voor goedkeuring van de concentratie tussen Ziekenhuis Hilversum en Ziekenhuis Gooi-Noord. Besluit 8 juni 2005, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*.

8. Op basis van gegevens aangeleverd door partijen blijkt dat patiënten van Oosterscheldeziekenhuizen gemiddeld 35 minuten reistijd nodig hebben om bij Ziekenhuis Walcheren te komen en dat de reistijd andersom gemiddeld 28 minuten bedraagt. De reistijd naar verder weg gelegen ziekenhuizen is aanzienlijk langer. De Inspectie voor de Gezondheidszorg hanteert voor de bereikbaarheid in verband met acute zorg een tijdsnorm van 45 minuten van het moment van melding tot het moment dat de patiënt in het ziekenhuis wordt afgeleverd. Van deze 45 minuten wordt 25 minuten gerekend voor het vervoeren van de patiënt per ambulance naar het ziekenhuis. De gemiddelde reistijden tussen de beide ziekenhuizen liggen iets boven die norm.

9. De twee grootste zorgverzekeraars in de regio Midden-Zeeland zijn CZ (circa 60 procent marktaandeel) en Uvit (circa 15 procent marktaandeel).

10. In het B-segment vallen de relatief eenvoudige en planbare ingrepen, exclusief acute of spoedeisende zorg. Op dit moment is 34 procent van de zorg vrij onderhandelbaar.

11. Op grond van artikel 11 Zorgverzekeringswet.

NMa kenschetst de situatie daarom als een van wederzijdse afhankelijkheid waarbij een zorgverzekeraar zich niet onafhankelijk zal kunnen opstellen. De NMa concludeert dat er geen factoren aanwezig zijn die de machtspositie van het gecombineerde ziekenhuis zouden kunnen relativeren.

Opvatting partijen

De ziekenhuizen hebben kleine, kwetsbare vakgroepen waardoor het moeilijk wordt om de continuïteit te garanderen. Vacatures kunnen moeilijk worden opgevuld vanwege de beperkte mogelijkheden voor subspecialisatie. Voor bepaalde vormen van zorg moeten patiënten daarom naar een ziekenhuis buiten de regio Midden-Zeeland. De ziekenhuizen kunnen voor bepaalde verrichtingen niet aan de volumenormenten voldoen. Met betrekking tot spoedeisende eerste hulp (SEH) en Intensive Care (IC) stellen partijen dat ze slechts een niveau 1-IC en 1-SEH kunnen aanbieden, terwijl in de praktijk in beide ziekenhuizen patiënten worden behandeld die een hoger niveau nodig hebben, namelijk een niveau 2-IC en 2-SEH. Alleen een fusie kan volgens partijen resulteren in de ontwikkeling van voldoende niveau. Bovendien kunnen partijen door het gebrek aan schaalgrootte in de toekomst niet meer aan de normen voldoen en worden de vakgroepen voor specialisten te onaantrekkelijk vanwege het gebrek aan subspecialisatie. De instellingen dreigen daarom in een neerwaartse spiraal te komen. Partijen stellen daardoor binnen drie jaar niet langer als zelfstandig ziekenhuis de basiszorg op verantwoorde wijze te kunnen verlenen.

Door de toename van het aantal subspecialismen zullen patiënten als gevolg van de concentratie bovendien juist meer in plaats van minder keuze krijgen. Partijen zijn echter niet in staat om het mogelijke aantal extra verrichtingen en kostenbesparingen te kwantificeren. Mede vanwege de onderhandelingsmacht van zorgverzekeraars zullen de met de concentratie te behalen voordelen volgens partijen ten goede komen aan de patiënten. Tevens kunnen de voordelen volgens partijen niet met samenwerkingsvormen anders dan een fusie worden bereikt.

Rol NZa en IGZ

Op grond van afspraken tussen de NMa en de NZa dient de NMa bij een concentratiemelding in de zorgsector een zienswijze aan de NZa te vragen.¹² De NZa gaat in haar zienswijze in op de te verwachte gevolgen van de voorgenomen fusie voor de kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van zorg voor de consument. Voor het aspect kwaliteit vraagt de NZa op haar beurt advies aan de IGZ.

Advies IGZ

Volgens de IGZ zijn de ziekenhuizen buitengewoon kwetsbaar wat betreft continuïteit en kwaliteit van de zorg. Het is de verwachting van de IGZ dat binnen afzienbare tijd een van beide ziekenhuizen de basisfuncties niet langer kan aanbieden waardoor er in de relevante markt nog

maar één ziekenhuis zou overblijven. De vakgroepen in de ziekenhuizen zijn te beperkt en soms onder de norm. Mocht een ziekenhuis een basisfunctie verliezen dan heeft dit een cascade-effect met betrekking tot andere afhankelijke specialismen. Dit kan resulteren in een neerwaartse spiraal. Beide ziekenhuizen bevinden zich in een geïsoleerde positie en de IGZ is van mening dat basisziekenhuiszorg in Midden-Zeeland behouden kan worden door middel van een fusie. De IGZ acht het uiterst aannemelijk dat de door partijen gestelde positieve effecten zich ook zullen gaan voordoen.

Zienswijze NZa

De NZa acht het waarschijnlijk dat de voorgenomen concentratie negatieve effecten zal hebben op de publieke belangen betaalbaarheid en toegankelijkheid, vanwege het ontstaan van een monopoliepositie. De consument heeft minder keuzevrijheid, de concurrentiedruk valt weg en er ontstaat een grotere onderhandelingsmacht voor de gefuseerde partijen ten koste van zorgverzekeraars. Mede op basis van het advies van de IGZ, is de NZa van mening dat zonder de fusie het kwaliteitsniveau van de geleverde zorg onder het noodzakelijke minimum komt. De NZa acht de borging van de minimumkwaliteit van groot belang en stelt dat zij vanwege het oordeel van de IGZ in beginsel positief adviseert ten aanzien van de voorliggende vergunningaanvraag. De NZa ziet echter ook nadelen en verbindt daarom een combinatie van structurele maatregelen en gedragsvoorwaarden aan het positieve advies. Indien het nodig blijkt te zijn, kan de NZa achteraf aanmerkelijke marktmacht (AAM) verplichtingen opleggen aan het gefuseerde ziekenhuis.¹³ Structurele maatregelen verdienen echter de voorkeur boven het AAM-instrumentarium of andere gedragsregels, aangezien hiermee concurrentiegedrag enkel wordt gesimuleerd.¹⁴

Efficiëntieverweer

Aangezien het hoge gecombineerde marktaandeel van Ziekenhuis Walcheren en Oosterscheldeziekenhuizen te voorzien was, hebben partijen reeds in de oorspronkelijke meldingsfase in 2005 een efficiëntieverweer gevoerd.¹⁵ Volgens de Richtsnoeren voor horizontale fusies van de Europese Commissie dient voor het slagen van een efficiëntieverweer te worden aangetoond dat de efficiëntieverbeteringen cumulatief (1) ten voordele komen aan de patiënten, (2) specifiek uit de concentratie voortvloeien

12. Artikel 9 van het Protocol tussen de NMa en de NZa over de wijze van samenwerken bij aangelegenheden van wederzijds belang (Samenwerkingsprotocol), 10 oktober 2006; Werkafspraken tussen de NMa en de NZa met betrekking tot concentratiezaken, februari 2008.

13. Op basis van artikelen 48 en 49 van de Wet Marktordening Gezondheidszorg. Merk op dat voor dergelijke verplichtingen geen misbruik noodzakelijk is. In dit stadium, waarin de inhoud van het besluit nog niet bekend is, gaat de NZa niet in op mogelijke AAM-verplichtingen.

14. Onder andere moeten een aantal specialismen worden afgestoten, moet een prijsplafond worden opgelegd in het vrije B-segment voor een periode van drie jaar en dient het ziekenhuis toetreding van mogelijke nieuwe aanbieders van medisch specialistische zorg in de regio te faciliteren. Daarnaast dienen de ziekenhuizen binnen drie jaar aan bepaalde kwaliteitseisen te voldoen, waaronder een minimum van vijf specialisten per specialisatie.

15. Partijen stelden dat de voorgenomen concentratie zou leiden tot positieve effecten zoals kostenverlagingen en kwaliteitsverbeteringen van de geleverde zorg. Deze beweerde efficiëntievoordelen werden echter nauwelijks gekwantificeerd. Vanwege het gebrek aan kwantificering verwierp de NMa indertijd het efficiëntieverweer.

(en niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met middelen die minder concurrentiebeperkend zijn) en (3) verifieerbaar zijn (het moet voldoende zeker zijn dat de efficiëntieverbeteringen zich daadwerkelijk zullen voordoen en zij dienen voldoende substantieel te zijn).

(1) *de efficiëntieverbeteringen moeten ten voordele komen aan de patiënten*

De NMa merkt op dat waar partijen spreken over efficiëntieverbeteringen, in feite telkens kwaliteitsverbeteringen worden bedoeld. Partijen gaan niet in op andere relevante concurrentieparameters zoals bereikbaarheid en prijs. De NMa wil deze afweging alsnog maken. Met verwijzing naar het advies van de IGZ en een brief van de minister van VWS¹⁶ overweegt de NMa dat in de zorg kwaliteit in beginsel boven bereikbaarheid komt, te meer wanneer het kwaliteitsniveau onder de minimumnormen dreigt te komen. Met betrekking tot prijsvorming stelt de NMa dat het gecombineerde ziekenhuis met haar bijna monopoliepositie prijsstijgingen zou kunnen doorvoeren. Bij substantiële prijsstijgingen kan een toename in kwaliteit niet voorkomen dat per saldo efficiëntieverbeteringen die ten goede komen aan de patiënten niet aan de orde zijn. De NMa concludeert na de afweging dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat sprake is van daadwerkelijke netto-efficiëntieverbeteringen die ten goede zullen komen aan de afnemers.

(2) *de efficiëntieverbeteringen dienen specifiek uit de concentratie voort te vloeien*

De NMa heeft onderzocht of er minder mededingingsbeperkende manieren dan een fusie zijn om de efficiëntieverbeteringen te realiseren. Daartoe heeft zij onderzocht hoe vergelijkbare ziekenhuizen omgaan met de knelpunten die partijen signaleren. Tevens heeft zij een extern adviesbureau ingeschakeld en aanvullende vragen gesteld aan de IGZ. Uit het onderzoek komt een beeld naar voren waarbij minder vergaande samenwerkingsvormen mogelijk zijn maar dat dit *de facto* tot eenzelfde resultaat zal leiden aangezien op alle fronten zal moeten worden samengewerkt. De NMa acht de noodzaak van een fusie daarom voldoende aannemelijk.

(3) *verifieerbaarheid*

De NMa vindt dat partijen de beweerde kwaliteitsverbeteringen onvoldoende verifieerbaar en onvoldoende objectief hebben onderbouwd. De gestelde efficiëntieverbeteringen zijn niet gekwantificeerd. Bovendien hebben partijen niet duidelijk gemaakt wanneer de verbeteringen zich naar verwachting voor zullen doen. Deze mankementen worden volgens de NMa echter deels opgevangen door het advies van de IGZ waaraan de NMa veel waarde toekent. De NMa karakteriseert de IGZ als een objectief deskundige waardoor haar advies alsnog de benodigde objectiviteit kan verschaffen. Uit de overweging van de IGZ dat de kwaliteitsverbeteringen noodzakelijk worden geacht leidt de NMa af dat deze zeer substantieel zijn. De NMa concludeert echter dat de beweerde kwaliteitsver-

beteringen onvoldoende verifieerbaar blijven omdat niet aannemelijk is gemaakt dat deze daadwerkelijk en tijdig gerealiseerd zullen worden. Volgens de NMa is derhalve niet voldaan aan alle criteria van het efficiëntieverweer. Partijen hebben echter verbintenissen aangeboden die volgens de NMa de bezwaren weg kunnen nemen.

Verbintenissen

De NMa aanvaardt een prijsplafond in het vrije B-segment, verplichtingen voor het gecombineerde ziekenhuis om bepaalde kwaliteitsverbeteringen te realiseren en de verplichting om toetreding tot de markt voor huidige en toekomstige aanbieders van medisch-specialistische zorg te vereenvoudigen.

Het prijsplafond geldt voor onbepaalde tijd en is gebaseerd op de landelijke gemiddelde prijs van DBC's in het B-segment. Het gecombineerde ziekenhuis dient binnen drie jaar additionele specialisaties aan te bieden en dient te beschikken over een niveau 2-IC en 2-SEH. Door deze toezeggingen is volgens de NMa voldoende aannemelijk geworden dat de efficiëntieverbeteringen zich daadwerkelijk en tijdig zullen voordoen en dat deze ten voordele zullen komen aan de patiënten. De NMa zal naleving van de toezeggingen samen met de NZa en de IGZ controleren.

Commentaar

Dit besluit is vanwege een aantal redenen interessant. In de eerste plaats geeft het inzicht in de interactie tussen de drie verschillende toezichthouders in de zorgsector: NMa, NZa en IGZ. In fusiezaken zijn deze autoriteiten nog zoekende naar een rolverdeling. Het besluit toont aan dat de NMa zich in deze zorgfusie niet alleen richt op concurrentiefactoren maar juist veel waarde toekent aan publieke belangen als de kwaliteit van de zorg. De afweging die tussen deze belangen gemaakt wordt, is controversieel en bovendien kan men zich afvragen of de NMa geschikt is om die afweging op deze wijze te maken. Daarnaast is het besluit interessant omdat uiteindelijk goedkeuring wordt verleend op basis van een efficiëntieverweer. Daarbij lijkt het efficiëntieverweer verweven te zijn met een *failing firm defence*. Het is de vraag of die benadering zuiver is en of wel voldoende is aangetoond dat de voorwaarden van één of beide verweren zijn vervuld. Op deze punten zal worden ingegaan waarbij ook kort aandacht wordt geschonken aan de verbintenissen.

Rol NMa, NZa en IGZ en publieke belangen

In politieke kringen is de vraag opgeworpen of er één autoriteit is die voldoende kennis bezit om zelfstandig de gehele beoordeling van een voorgenomen concentratie in de zorgsector op de juiste wijze te beoordelen. Aan deze gedachte ligt ten grondslag dat fusies in de zorgsector niet enkel dienen te worden beoordeeld op grond van concurrentiefactoren maar dat tevens andere publieke belangen relevant zijn. Kort gezegd dient in de zorgsector niet alleen beoordeeld te worden wat de invloed van de fusie op de concurrentie en de prijzen zal zijn, maar dient tevens

16. Kiezen voor bereikbaarheid en kwaliteit van zorg, brief aan de Tweede Kamer, 27 juni 2008, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

te worden gewaarborgd dat kwaliteit en bereikbaarheid boven een minimumnorm blijven. Hierbij heeft men onvoldoende vertrouwen dat de markt een voldoende waarborging van deze belangen zal verzekeren zolang er maar sprake is van voldoende concurrentie.¹⁷ Om ook de overige publieke belangen voldoende te waarborgen in fusietoezicht, dienen de drie toezichthouders elk een eigen rol te krijgen. De NMa dient zich hierbij, net als in normale fusiezaken, hoofdzakelijk te richten op concurrentiefactoren. De NZa ziet toe op de factoren betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid. Opvallend is dat de aandachtsgebieden van de NZa overlap vertonen met die van de overige twee toezichthouders: betaalbaarheid (prijs) is een van de belangrijkste concurrentiefactoren en de kwaliteit is tevens het enige aandachtspunt van de IGZ.

Met de rol van de drie toezichthouders en de manier waarop deze verschillende belangen verzekerd dienen te worden in fusietoezicht, bestaat nog weinig ervaring. De enige regels zijn dat de NMa gedurende zowel de meldingsfase als vergunningsfase een zienswijze aan de NZa dient te vragen en dat de NZa op haar beurt een advies aan de IGZ vraagt inzake het aspect kwaliteit. Hierbij is geen van de toezichthouders in beginsel verplicht om het advies van de ander over te nemen. In dit besluit heeft de NMa een sterk coördinerende rol aangenomen waarmee zij haar positie in het fusietoezicht in de zorgsector lijkt te hebben verstevigd. Het valt op dat de invloed van de NZa, ook vergeleken met de IGZ, relatief bescheiden is. Dit komt vermoedelijk mede omdat alleen de IGZ een duidelijk afgebakende taak heeft waarbij de te behartigen belangen geen overlap vertonen met de aandachtspunten van de NMa. De NMa en de NZa nemen het advies van de IGZ inzake kwaliteit bijna integraal over. De NMa wijkt substantieel af van de voorwaarden die door de NZa worden voorgesteld. De NMa kent veel gewicht toe aan het advies van de IGZ en past in haar analyse de prioritering toe die door de minister is genoemd: kwaliteit gaat voor bereikbaarheid. Ook door het overnemen van deze prioritering neemt de invloed van de IGZ toe. De kwaliteit van de zorg is voor de NMa de belangrijkste factor op grond waarvan de voorgenomen concentratie moet worden beoordeeld. De NMa beperkt zich dus niet tot concurrentiefactoren maar past de overige belangen op zelfstandige wijze toe; de NZa en de IGZ mogen alleen input leveren. Andere modaliteiten waren eveneens denkbaar. Zo had de NMa de NZa de voorwaarden kunnen laten stellen die betrekking hebben op bereikbaarheid en kwaliteit of – in een ander uiterste – had de NMa geen voorwaarden kunnen stellen die zien op bereikbaarheid, prijs en kwaliteit, maar het aan de NZa over kunnen laten om door middel van haar AMM-instrumentarium achteraf deze belangen te waarborgen.

Ook bij de afweging tussen de belangen betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit als zodanig kunnen vraagtekens geplaatst worden. Voor de NMa geeft de kwaliteit de

doorslag. Weliswaar worden onacceptabele prijsstijgingen voorkomen door het verplichte prijsplafond, maar dit prijsplafond verzekert niet dat ook prijzen lager dan de landelijk gemiddelde prijzen in rekening gebracht zouden kunnen worden. Wellicht is de kans op prijzen lager dan het gemiddelde groter wanneer geen vergunning zou zijn verleend voor de concentratie en twee sterk afgeslankte ziekenhuizen in prijsconcurrentie zouden blijven zijn ontwikkeld bij contractering met zorgverzekeraars. In dat geval kan de bereikbaarheid voor bijvoorbeeld acute zorg mogelijk ook beter zijn dan in het geval van fusie. Weliswaar kan volgens de IGZ de kwaliteit alleen worden gewaarborgd door een volledige fusie maar dit advies hoeft niet te worden gevolgd wanneer kwaliteit niet als belangrijkste doelstelling wordt bestempeld.

Naar verwachting zal de keuze voor kwaliteit een precedent scheppen voor toekomstige fusiebeoordelingen. Andere ziekenhuizen die in de toekomst fusieplannen ontwikkelen waarbij zich mededingingsproblemen voordoen, zullen bij het formuleren van de voordelen van de concentratie, een efficiëntieverweer moeten voeren of bij het aanbieden van verbintenissen dan ook vooral aandacht aan verbeteringen voor kwaliteit dienen te geven. Gezien de invloed die de adviezen van de IGZ en de NMa kunnen hebben op de beoordeling van de voorgenomen concentratie, zou het voor partijen zeer nuttig zijn wanneer bij de totstandkoming van die adviezen meer waarborgen voor hoor- en wederhoor worden ingebouwd.

Efficiëntieverweer en failing firm defence

De NMa heeft tot nu toe nog nooit goedkeuring verleend aan een concentratie op grond van een efficiëntieverweer. Ook de Europese Commissie heeft tot op heden nog nooit een fusie uitsluitend op grond van het efficiëntieverweer toegestaan.¹⁸

Zoals aangegeven dient te worden aangetoond dat de efficiëntieverbeteringen (1) ten voordele komen aan de patiënten, (2) specifiek uit de concentratie voortvloeien en (3) verifieerbaar zijn. Interessant is de tweede voorwaarde waarbij de efficiëntieverbeteringen niet in dezelfde mate moeten kunnen worden bereikt met middelen die minder concurrentiebeperkend zijn. De NMa concludeert op basis van advies van de IGZ dat alleen door een algehele fusie alle efficiëntieverbeteringen gerealiseerd kunnen worden en dat andere vormen van samenwerking *de facto* tot hetzelfde mededingingsbeperkende resultaat zullen leiden. Deze conclusie kan echter alleen maar volgehouden worden wanneer als uitgangspunt wordt genomen dat alle specialismen en behandelingen beschikbaar moeten blijven voor de patiënt. De IGZ en de NZa hebben aangegeven dat de regio Midden-Zeeland kan volstaan met een aantal basisvoorzieningen waarbij men voor andere behandelingen naar een ziekenhuis buiten de regio moet. In een dergelijke situatie is het zeer goed denkbaar dat wel volstaan kan worden met minder verstrekkende vormen

17. Dit probleem komt deels voort uit de driehoeksverhouding tussen patiënten, zorgverzekeraars en zorgaanbieders, waardoor patiënten zorgaanbieders niet op directe wijze op alle relevante facetten van het product en de dienstverlening kunnen afrekenen.

18. In *Korsnäs/Assidomän Cartonboard* hebben de partijen wel geldige efficiëntieargumenten aangedragen, echter de Europese Commissie had de fusie ook zonder deze argumenten goed gekeurd. Beschikking van de Commissie van 12 mei 2006, zaak nr. COMP/M.4057, Pb. EU 2006, C 85/10, par. 57-64.

van samenwerking waardoor enige mate van concurrentie tussen de instellingen behouden blijft. Dit lijkt echter in onvoldoende mate onderzocht.

Daarnaast is het efficiëntieverweer verweven met het *failing firm defence*. De voorwaarden voor het *failing firm defence* zijn dat (1) de in moeilijkheden verkerende onderneming zonder de concentratie in de nabije toekomst de markt zal moeten verlaten door financiële moeilijkheden; (2) er geen alternatieve transactie mogelijk is die de mededinging in mindere mate zou belemmeren; en (3) zonder een concentratie de activa van de in moeilijkheden verkerende onderneming onvermijdelijk van de markt zouden verdwijnen. In het besluit wordt het *failing firm defence* impliciet toegepast met betrekking tot de gewenste minimumkwaliteit van de zorg. Partijen en de IGZ geven aan dat het vereiste minimumniveau van kwaliteit in de toekomst waarschijnlijk niet zal kunnen worden verzekerd bij uitblijven van de concentratie. De verwachting dat door de concentratie de kwaliteit wel zal kunnen worden gewaarborgd vormt de efficiëntieverbetering op grond waarvan het efficiëntieverweer wordt gevoerd. Het efficiëntieverweer heeft derhalve vooral betrekking op het voorkomen van een verslechtering van de kwaliteit, in plaats van het verzekeren van een autonome efficiëntietoename vergeleken bij het huidige niveau. Gezien de aard van de zorgmarkt, waarbij de IGZ aangeeft dat eventueel een vergunning zal moeten worden ingetrokken wanneer de vereiste kwaliteit niet langer kan worden gewaarborgd, komt een verslechtering van de kwaliteit onder het minimumniveau *de facto* overeen met een *failing firm*.

Op zichzelf is niet aan alle voorwaarden van het *failing firm defence* voldaan, althans is dit onvoldoende onderzocht. Zo kan het goed mogelijk zijn dat beide ziekenhuizen in afgeslankte vorm wel zelfstandig kunnen blijven opereren waarbij slechts een minimum aan specialismen wordt aangeboden. Daarnaast is niet vast komen te staan dat er geen alternatieve transactie mogelijk is, bijvoorbeeld een fusie met een ziekenhuis (net) buiten de relevante geografische markt. Wanneer de voorwaarden van de *failing firm defence* wel vervuld zijn, zou het causaal verband tussen de beperkingen van de mededinging en de voorgenomen concentratie ontbreken. De NMa zou dan de concentratie alleen maar goed mogen keuren, zonder verbintenissen. Om een volledige fusie tussen Ziekenhuis Walcheren en Oosterscheldeziekenhuizen mogelijk te maken, waarbij alle specialismen behouden dienden te worden, heeft de NMa derhalve een combinatie van het efficiëntieverweer en het *failing firm defence* toegepast. Hierbij is mogelijk onvoldoende vast komen te staan dat onafhankelijk van elkaar bezien aan alle voorwaarden van beide verweren voldaan is.

Verbintenissen

Afsluitend kort aandacht voor de verbintenissen. Een belangrijke gedragsvoorwaarde die de NMa oplegt, is het prijsplafond voor het vrije B-segment. Mededingingsautoriteiten hebben in algemene zin een voorkeur voor structurele voorwaarden, aangezien ze zich bij het opleggen en controleren van naleving van gedragsvoorwaarden op voortdurende basis inhoudelijk moeten bemoeien met

de markt. Bovendien zijn gedragsvoorwaarden vaak niet zo effectief als structurele voorwaarden om mededinging te waarborgen. Dit ligt echter gecompliceerder wanneer een vergunning wordt verleend voor een voorgenomen concentratie op grond van een efficiëntieverweer. Het afstoten van een deel van de ondernemingen gaat namelijk ten koste van de te behalen efficiëntievoordelen, te meer wanneer als uitgangspunt een breed scala aan specialismen dient te worden aangeboden. De structurele maatregelen die de NZa heeft voorgesteld worden door de NMa dan ook niet overgenomen. Bovendien is het in de zorgsector gemakkelijker om een gedragsvoorwaarde te formuleren en naleving te controleren. Vanwege het sterk gereguleerde karakter van een groot deel van de zorgsector, zijn veel gegevens beschikbaar omtrent prijzen. Daarnaast vervult de NZa een belangrijke functie bij het verzamelen en transparant maken van relevante gegevens. Daarom kan een prijsplafond op basis van landelijk gemiddelde DBC-prijzen relatief gemakkelijk gecontroleerd worden. Het prijsplafond houdt in dat het gecombineerde ziekenhuis voor individuele DBC's nog wel hogere prijzen dan het landelijk gemiddelde af mag spreken. Zo worden innovatie en kwaliteitsverbetering inzake individuele behandelingen niet in de kiem gesmoord. Aangezien de gemiddelde prijzen voor alle DBC's van het gecombineerde ziekenhuis niet uit mogen komen boven het landelijk gemiddelde, kan het nieuwe ziekenhuis echter per saldo geen hogere vergoeding ontvangen indien het zich over het totale spectrum van specialismen ontwikkelt tot efficiënter of kwalitatief hoogstaander dan het landelijk gemiddelde. Hier dient rekening mee te worden gehouden bij het opleggen van een prijsplafond, zeker wanneer dit voor onbepaalde tijd geldt en de verwachting is dat het vrije B-segment op termijn uitgebreid zal worden naar 70 procent van alle behandelingen.

Daarnaast heeft de NMa voor het gecombineerde ziekenhuis verplichtingen opgelegd om toetreding tot de markt voor huidige en toekomstige aanbieders van medisch-specialistische zorg te vereenvoudigen. Het ziekenhuis dient zijn faciliteiten beschikbaar te stellen aan iedere partij die medisch specialistische zorg wil aanbieden. Deze verplichting geldt voor zowel bestaande als toekomstige zorgaanbieders. Het ziekenhuis dient voor het gebruik van de faciliteiten marktconforme tarieven in rekening te brengen. Het is de vraag of deze maatregelen in de praktijk daadwerkelijk zullen resulteren in meer toetreders van zorgaanbieders in Midden-Zeeland. Gezien de dominante positie van het gecombineerde ziekenhuis in de relevante markt, alsmede de organisatorische en financiële voordelen die een dergelijk grote instelling met zich meebrengen, zullen nieuwe aanbieders van medisch specialistische zorg zich mogelijk willen aansluiten bij het ziekenhuis en zullen bestaande specialisten niet snel het gecombineerde ziekenhuis verlaten om zelfstandig praktijk op te zetten.

De verplichtingen met betrekking tot kwaliteitsverbeteringen en het uitbreiden van het aanbod van medische zorg bevatten een termijn van drie jaar. Indien het ziekenhuis na drie jaar niet aan die verplichtingen voldoet, vervalt het besluit en zou de fusie moeten worden terug-

gedraaid. Het zal duidelijk zijn dat dit in de praktijk geen realistische mogelijkheid is. Hoewel de verbintenissen nauw in samenspraak met partijen zijn opgesteld en daarom in beginsel haalbaar moeten worden geacht, is deze sanctie mogelijk slechts een theoretische.

Conclusie

De NMa heeft een balans gevonden tussen beperkingen van de mededinging en publieke belangen, waarbij de kwaliteit van de zorg het belangrijkste wordt gevonden. Positief is dat de NMa een efficiëntieverweer heeft geaccepteerd, waarbij de bewijslast niet volledig op partijen heeft gelegen. Wel hadden de voorwaarden van het efficiëntieverweer en het *failing-firm defence* beter onderscheiden kunnen worden. Het besluit en de manier waarop de NMa met de verschillende belangen is omgegaan zal naar verwachting met interesse worden bestudeerd door buitenlandse autoriteiten. Het schept naar verwachting bovendien een precedent voor toekomstige fusiemeldingen in de zorgsector. Onzeker is of de verbintenissen zullen resulteren in nieuwe toetreding tot de regio Midden-Zeeland en of de toegezegde kwaliteitsverbeteringen daadwerkelijk binnen een periode van drie jaar zullen worden gerealiseerd.