



Artikelen

NMa-richtsnoeren voor de zorgsector nader beschouwd

W.S. Geelhoed en F.J. Leeftang

Op 10 december 2007 heeft de NMa haar nieuwe Richtsnoeren voor de zorgsector (hierna: de Richtsnoeren) vastgesteld.¹ Deze Richtsnoeren vervangen de oude Richtsnoeren voor de zorgsector die dateren uit 2002. De publicatie van de Richtsnoeren vormt het antwoord van de NMa op de wijzigingen die de afgelopen jaren in het zorgstelsel zijn doorgevoerd, waarbij in een aantal deelsectoren van de zorg gereguleerde marktwerking is ingevoerd. Als gevolg van de introductie van gereguleerde marktwerking komt een toenemend aantal marktpartijen in de zorgsector binnen bereik van het mededingingstoezicht, met name daar waar marktpartijen, anders dan voorheen, keuzevrijheid hebben in het aangaan van overeenkomsten. In de zorgsector worden drie typen markten onderscheiden, te weten de zorgverzekeringsmarkt, de zorginkoopmarkt en de zorgverleningsmarkt. Op de zorgverzekeringsmarkt sluit de consument een verzekeringsovereenkomst met de zorgverzekeraar ter financiering of verstrekking van zorg. Op de zorginkoopmarkt onderhandelt de zorgverzekeraar met de zorgaanbieder over de in te kopen zorg ten behoeve van zijn verzekerden. Op de zorgverleningsmarkt wordt de zorg verleend door de zorgaanbieder aan de patiënt. De toegenomen keuzevrijheid komt erop neer dat in het nieuwe zorgstelsel de verzekerde vrij is te kiezen voor een zorgverzekeraar en zorgaanbieders van wie hij zorg wenst af te nemen. Zorgverzekeraars op hun beurt zijn vrij om de zorg zo doelmatig mogelijk in te kopen bij zorgaanbieders. Daarmee ontstaat concurrentie tussen zorgverzekeraars en tussen zorgaanbieders onderling.

Met de nieuwe Richtsnoeren beoogt de NMa aan marktpartijen in de zorgsector een kader te bieden om gedragingen en samenwerkingsvormen te toetsen aan de Mededingingswet. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste elementen uit deze Richtsnoeren.

Opzet Richtsnoeren

De Richtsnoeren voorzien in een overzicht van de relevante wijzigingen die in het zorgstelsel zijn ingevoerd en een beschrijving van de marktontwikkelingen die zich voordoen in de zorgsector als gevolg van deze wijzigingen. In die context worden de rol van de NMa en de samenwerking tussen de NMa en de NZa vervolgens nader toegelicht. Vervolgens wordt het mededingingsrechtelijk kader geschetst. De Richtsnoeren bevatten een uitgebreide toelichting op het kartelverbod onder art. 6 Mededingingswet (Mw), waarbij de NMa ingaat op een aantal voor de zorgsector belangrijke onderwerpen, met name met betrekking tot de afbakening van de relevante markten. Vervolgens worden de meest voorkomende vormen van samenwerking tussen marktpartijen beschreven die de NMa signaleert in de zorgsector. Voor elk van deze samenwerkingsvormen wordt beschreven wat de mededingingsrechtelijke consequenties zijn en onder welke omstandigheden een dergelijke vorm van samenwerking al dan niet is toegelaten. Met deze aanpak wordt een brug naar de praktijk geslagen. Ten slotte besteden de Richtsnoeren aandacht aan het onderwerp concentratiecontrole. De Richtsnoeren besteden geen aandacht aan het verbod op misbruik van economische machtspositie van art. 24 Mw. Gezien het feit dat

Wiarda Geelhoed en Frederieke Leeftang zijn beiden werkzaam als advocaat bij Boekel De Neree NV te Amsterdam.

¹ *Staatscourant* 2007, 241, p. 30.

de Richtsnoeren op de hiervoor genoemde terreinen beogen een volledig beeld van het mededingingsrecht te geven, verbaast dit, te meer nu in de praktijk op dit artikel door marktdeelnemers regelmatig een beroep wordt gedaan.

Wijzigingen in het zorgstelsel

De introductie van gereguleerde marktwerking werd bewerkstelligd door een aantal belangrijke wijzigingen in het zorgstelsel. Deze omvatten de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet (Zvw) op 1 januari 2006 en de inwerkingtreding van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) op 1 oktober 2006. Met de Zvw is de verplichte uniforme basisverzekering geïntroduceerd die de consument afsluit met een van de private zorgverzekeraars. Met de Wmg wordt beoogd gereguleerde marktwerking in de gezondheidszorg te introduceren. In de Algemene Wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) is ook een aantal wijzigingen doorgevoerd. Deze hebben onder meer gevolgen voor de uitvoeringsorganen van de AWBZ, de zorgkantoren, die deze zorg namens de zorgverzekeraars uitvoeren. Op 1 januari 2006 is eveneens de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi) in werking getreden. Deze wet regelt ondermeer de toelating van bepaalde zorginstellingen. Voorts is per 1 januari 2007 de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) in werking getreden. Als gevolg hiervan zijn gemeenten nu verantwoordelijk geworden voor de inkoop van een deel van de thuiszorg dat voorheen onder de AWBZ viel, namelijk de huishoudelijke verzorging. Een laatste belangrijke ontwikkeling ten slotte, is dat de ruimte voor vrije prijsvorming in de ziekenhuissector langzaam zal worden uitgebreid. Vanaf 2009 zal het instrument van maatstafconcurrentie² worden gehanteerd voor het niet vrijgegeven deel van de ziekenhuiszorg dat zich leent voor onderhandelingen over de prijzen voor Diagnose Behandeling Combinaties (DBC's), teneinde een betere prijs-kwaliteitverhouding en efficiënter werken te bewerkstelligen.

Marktontwikkelingen in de zorg

De hiervoor genoemde wijzigingen hebben volgens de NMa vooral gevolgen voor zorgaanbieders, die zich in toenemende mate van elkaar zullen moeten onderscheiden nu zorgverzekeraars en verzekerden over meer keuzevrijheid beschikken. In dit verband signaleert de NMa enkele marktontwikkelingen en tendensen die zich voordoen op de markt voor zorgaanbieders. Genoemd kunnen worden een tendens tot het leveren van ketenzorg door zorgaanbieders, waarmee specifieke patiëntencategorieën beter bediend kunnen worden en een tendens om steeds meer een fullservice benadering te hanteren, waarbij de zorgaanbieder een volledig pakket van zorgproducten aanbiedt. De NMa signaleert in dat kader tevens een tendens tot specialisatie ten aanzien van het aanbieden van zorgproducten, waarbij zorgaanbieders ervoor kiezen om zich toe te leggen op het leveren van een of meer specifieke vormen van zorg. Dit lijkt op het eerste gezicht tegengesteld aan de tendens om een steeds meer fullservice benadering te hanteren. Wellicht is er – enerzijds – steeds meer sprake van samenwerkingsverbanden tussen verschillende zorgaanbie-

ders, terwijl er – anderzijds – ook steeds meer zorgaanbieders zijn die zich individueel vergaand specialiseren.

Toepassingsbereik Richtsnoeren

Met de introductie van marktwerking in de zorgsector komen marktdeelnemers in de zorgsector steeds meer binnen bereik van de Mededingingswet en dienen zij zich te houden aan de regels neergelegd in de Mededingingswet, mits deze van toepassing zijn. Cruciaal is dus de vraag in welke deelsectoren zodanige ruimte voor concurrentie bestaat, dat de Mededingingswet van toepassing is en de NMa bevoegd tot toezicht. De Mededingingswet is van toepassing op ondernemingen indien en voor zover er concurrentie mogelijk is. Ingevolge de Richtsnoeren moet de vraag of concurrentie mogelijk is, worden beantwoord aan de hand van drie criteria, waaraan cumulatief ten minste in enige mate moet zijn voldaan:

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

Met behulp van deze criteria zullen marktpartijen zelf in staat moeten zijn te beoordelen of concurrentie mogelijk is in hun sector en dus de Mededingingswet van toepassing. Volgens de NMa kan ruimte voor concurrentie op verschillende markten verschillen.

Ondernemingen in het zorgstelsel

Hoewel de Richtsnoeren in het ongewisse laten op welke markten (volledige) concurrentie mogelijk is, verschaft de NMa vooraf wel duidelijkheid welke actoren op de markt als onderneming kunnen worden aangemerkt. Voor zorgaanbieders geldt dat zij zonder meer als onderneming worden aangemerkt. Ziekenhuizen zijn aan te merken als ondernemingen voor zover zij activiteiten tegen vergoeding verrichten.³ Voor vrije beroepsbeoefenaren is eveneens vastgesteld dat zij als onderneming kunnen worden aangemerkt.⁴ Ten aanzien van zorgverzekeraars stellen de Richtsnoeren vast dat zorgverzekeraars economische activiteiten verrichten en derhalve kunnen worden aangemerkt als ondernemingen. Helemaal

² Onder maatstafconcurrentie wordt verstaan het systeem waarbij de gemiddelde maximale prijs die instellingen in rekening brengen de maatstaf (en tevens het prijsplafond) vormt voor prijsonderhandelingen.

³ Besluit NMa van 5 juni 1998, zaak 165/Sophia Ziekenhuis-Ziekenhuis-Verpleeghuis De Weezenlanden, nr. 16-27.

⁴ Besluit NMa van 12 april 2001, zaak 513/Landelijke Huisartsenvereniging, nr. 71.

hard te maken is dit echter niet. In het arrest AOK⁵ oordeelde het Hof van Justitie namelijk dat Duitse ziekenfondsen geen ondernemingen zijn aangezien hun activiteiten niet economisch van aard waren, hetgeen werd veroorzaakt door het solidaire karakter van het stelsel. Ook ten aanzien van het Nederlandse zorgstelsel kan worden geoordeeld dat sprake is van een solidaire karakter. Verdere jurisprudentie op dit punt is sinds het AOK arrest niet geweest. Om twijfel uit te sluiten heeft de wetgever in art. 122 Zvw bepaald dat zorgverzekeraars zijn aan te merken als ondernemingen.

Zorgkantoren zijn niet aan te merken als ondernemingen en vallen derhalve niet onder het toepassingsbereik van de Mededingingswet, daar waar het gaat om hun activiteiten met betrekking tot de volksverzekering AWBZ, inclusief het inkopen van AWBZ-zorg.⁶ De gedachte hierachter is dat de uitvoering van de taken van de zorgkantoren ten laste komt van de AWBZ en de activiteiten van de zorgkantoren worden uitgevoerd onder toezicht van de overheid. Aangezien de aanspraken uit de AWBZ vastliggen op grond van de wet en verzekerden automatisch bij een zorgverzekeraar voor de AWBZ-verzekering ingeschreven zijn, is geen sprake van een economische activiteit maar van een wetsmechanische toepassing.⁷ Voor het overige vallen de spelers die zijn belast met de uitvoering van de AWBZ, namelijk zorgverzekeraars, wel onder het toepassingsbereik van de Mededingingswet. Zorgkantoren staan wel onder toezicht van de Nza waar het gaat om het AMM regime onder de Wmg.⁸

Overeenkomsten die buiten het toepassingsbereik van de Mededingingswet vallen

De Richtsnoeren gaan vervolgens uitvoerig in op de toetsing onder art. 6 Mw. Daarbij komt ook ter sprake onder welke omstandigheden een overeenkomst aan het toepassingsbereik van de Mededingingswet kan ontsnappen. Overeenkomsten ontkomen onder meer aan het kartelverbod indien de bagatelbepaling van art. 7 Mw van toepassing is, of indien sprake is van een niet merkbare mededingingsbeperking. Daarnaast gelden de Europese groepsvrijstellingen voor specialisatieovereenkomsten⁹, onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten¹⁰ en verticale overeenkomsten.¹¹ Ook is een individueel beroep op art. 6, lid 3 Mw mogelijk, indien de afspraak voordelen oplevert die aan de afnemers ten goede komen, mits de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk en er restconcurrentie blijft bestaan.

Diensten van algemeen economisch belang

Voorts gaan de Richtsnoeren in op de uitzonderingen die in de Mededingingswet zijn gemaakt voor diensten van algemeen economisch belang.¹² Van een dienst van algemeen economisch belang is sprake indien ten minste een onderneming bij wettelijk voorschrift of door een besluit van een bestuursorgaan is belast met deze dienst en de uitvoering van die dienst wordt verhinderd indien het kartelverbod van art. 6 Mw onverkort zou worden toegepast. Dit komt erop neer dat ondernemingen de mededinging mogen beperken mits

dit noodzakelijk is en proportioneel met het oog op de uitvoering van hun taak van algemeen economisch belang. Als voorbeeld van een dienst die in de jurisprudentie is aangemerkt als een dienst van algemeen economisch belang wijzen de Richtsnoeren het leveren van eerstehulpdiensten.¹³ Dit voorbeeld heeft echter betrekking op een (specifieke) Duitse situatie. Hiermee is dus nog niet gezegd dat dit ook in Nederland geldt. Daarvoor dient sprake te zijn van een wettelijk voorschrift of besluit waarbij de dienst van algemeen economisch belang wordt aangemerkt.¹⁴ Hoewel in het Nederlandse zorgstelsel thans nog geen ondernemingen zijn belast met een taak van algemeen economisch belang¹⁵ wordt dit in de Richtsnoeren niet gesignaleerd. Ook gaan de Richtsnoeren voorbij aan het feit dat ten aanzien van zorgverzekeraars de Europese Commissie heeft bepaald, dat deze, voor zover zij basisverzekeringen aanbieden, zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang.¹⁶ Indien de NMa de Europese Commissie in haar benadering zou volgen, dan zou dit zorgverzekeraars aan het mededingingstoezicht onttrekken voor zover de toepassing van de Mededingingswet hen zou belemmeren in de uitoefening van de aan hen toevertrouwde taak. De NMa zou deze toets in voorkomende gevallen dienen toe te passen.

Samenwerking NMa en NZa

Op terreinen waar de NMa een toezichthoudende taak heeft, deelt zij die met de Nederlandse Zorgautoriteit (Nza). De Nza houdt toezicht op de zorgmarkten en is ingevolge de Wmg onder meer bevoegd om marktpartijen die over een aanmerkelijke marktmacht beschikken ex ante verplichtingen op te leggen. Deze bevoegdheid voor de Nza is van toepassing op de zorgverzekeringsmarkt, de zorgverleningsmarkt en de zorginkoopmarkt.¹⁷ De taakverdeling tussen de NMa en de Nza is vastgelegd in een Samenwerkingsprotocol.¹⁸ Aanleiding voor het vaststellen van een Samenwerkingsprotocol vormt

5 HvJ EG van 16 maart 2004, zaak C-264/01, AOK.

6 NMa Visiedocument AWBZ zorgmarkten van januari 2004.

7 HvJ EG van 10 november 2005, C-205/03, Fenin.

8 Art. 47 Wmg is van toepassing op zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars.

9 Vo. 2658/2000, PbEG L304 van 29 november 2000, p. 5.

10 Vo. 2659/2000, PbEG L 304 van 29 november 2000, p. 7.

11 Vo. 2790/1999, PbEG L 336 van 22 december 1999, p. 21.

12 Art. 11, 25 en 41 lid 3 Mw.

13 HvJEG van 25 oktober 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*.

14 Niet helemaal uit te sluiten is dat dit ook kan worden afgeleid uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten, zie *Kamerstukken II 1995/96, 24 707*, p. 64.

15 Vergelijk W. Sauter, *M&M* 2008, nr. 1, p. 1-12.

16 Zaken N 541/2004 en N542/2004. Tegen deze uitspraken is beroep ingesteld bij het HvJ EG door Azivo, zaaknummer T-84/06.

17 Art. 46 Wmg.

18 Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit van 30 oktober 2006, www.nmanet.nl.

het feit dat er overlap in bevoegdheden bestaat. Het toezicht op partijen met aanmerkelijke marktmacht is een taak van de NZa en valt vrijwel samen met het toezicht op het verbod van misbruik van een economische machtspositie waartoe de NMa bevoegd is. Het Samenwerkingsprotocol bepaalt dat bij mogelijke samenloop de NZa voor zover mogelijk eerst de bevoegdheden toe die zij op grond van de Wmg heeft, alvorens de NMa haar bevoegdheden op grond van de Mededingingswet toepast.¹⁹ De Richtsnoeren voegen hier aan toe dat derhalve de NMa ook in de zorgsector art. 24 Mw zal handhaven, maar dat de NZa in beginsel voorrang heeft. Dit, en feit het beleid ten aanzien van de toepassing van art. 82 EG-Verdrag op dit moment door de Europese Commissie wordt herzien, vormt voor de NMa reden art. 24 Mw in de Richtsnoeren buiten beschouwing te laten. Ten aanzien van de handhaving van het kartelverbod van art. 6 van de Mededingingswet (Mw) en het concentratietoezicht is er geen samenloop en is de NMa uitsluitend bevoegd. Wel zal de NMa concentratiemeldingen zowel in de meldings- als in de vergunningsfase voorleggen aan de NZa.

Samenwerkingsvormen in de zorgsector

De kern van de Richtsnoeren bevindt zich in hoofdstuk 4. Dit hoofdstuk biedt een overzicht van voorkomende afspraken tussen verschillende partijen in het zorgstelsel, waarbij wordt aangegeven wat de mededingingsrechtelijke risico's kunnen zijn die aan de samenwerking kleven. De NMa geeft daarbij uitdrukkelijk aan dat deze opsomming niet limitatief is. Partijen die willen samenwerken op een wijze die niet beschreven wordt, zullen deze samenwerking zelfstandig moeten toetsen. Echter, ook bij samenwerkingsvormen die wel worden beschreven, zullen partijen er in de regel niet aan ontkomen om de beoogde samenwerking mededingingsrechtelijk te laten toetsen, daar de toelaatbaarheid van de samenwerking altijd staat of valt met de aard van de afspraken die wordt gemaakt en de positie van partijen op de betreffende markt. Bij de beschrijving van de samenwerkingsvormen maken de Richtsnoeren onderscheid tussen 'samenwerking tussen concurrenten' en 'samenwerking tussen niet-concurrenten'. Ook in het laatste geval kan het kartelverbod van toepassing zijn. Bij samenwerking tussen concurrenten wordt verder onderscheid gemaakt tussen afspraken die (bijna) altijd verboden zijn en afspraken die vaak zijn toegestaan. Ook wordt in de Richtsnoeren apart aandacht besteed aan de rol van brancheorganisaties.

Afspraken tussen concurrenten

- (bijna) altijd verboden

Tot de categorie afspraken tussen concurrenten die per definitie vrijwel altijd verboden zijn, behoren afspraken tussen marktpartijen die zijn gericht op onderlinge afstemming van hun commerciële gedrag. In deze categorie vallen alle overeenkomsten tussen concurrenten die betrekking hebben op prijzen en tarieven. Ook marktverdelingsafspraken, aanbestedingsafspraken en afspraken die een gemeenschappelijke

leveringsweigering (of collectieve boycot) inhouden, behoren tot deze categorie. Deze afspraken ontkomen slechts aan het kartelverbod indien zij als niet merkbaar kunnen worden beschouwd.

- vaak toegestaan

Tot de categorie afspraken tussen concurrenten die in de regel ofwel vaak zijn toegestaan behoren vormen van samenwerking die niet zien op commerciële voorwaarden en daarom in beginsel niet tot mededingingsrechtelijke problemen zullen leiden. Echter, ook aan deze samenwerking kunnen mededingingsrechtelijke risico's kleven. Om die reden dienen deze overeenkomsten altijd naar hun effect op de markt te worden beoordeeld.

Zorgmakelaar

Een zorgmakelaar kan worden ingeschakeld namens verschillende individuele zorgaanbieders die elkaars concurrent zijn om namens hen individueel de onderhandelingen met een zorgverzekeraar te voeren. Daarbij kan gedacht worden aan fysiotherapeuten die samen praktisch houden maar elk hun eigen onderneming drijven. Met het inschakelen van een zorgmakelaar kunnen zij vermijden dat zij zelf met elke zorgverzekeraar individueel moeten onderhandelen. Het inschakelen van een zorgmakelaar is toegestaan, mits deze voor verschillende individuele partijen optreedt en dit niet leidt tot afstemming van marktgedrag tussen de partijen waardoor de mededinging wordt beperkt. Het gezamenlijk inschakelen van een zorgmakelaar door een aantal zorgaanbieders met als doel het bereiken van een enkele overeenkomst is om die reden niet toegestaan.

Om de onafhankelijkheid van de zorgmakelaar te waarborgen, dient volgens de NMa het inschakelen van een zorgmakelaar onder voorwaarden te geschieden. Sprake moet zijn van een individuele overeenkomst tussen zorgaanbieder en zorgmakelaar, waarin wordt vastgelegd dat de beslissingen met betrekking tot de concurrentieparameters door de zorgaanbieder worden genomen, beide partijen dienen voorzieningen te treffen inzake de geheimhouding en vertrouwelijkheid van de gegevens van de zorgaanbieder en de zorgmakelaar dient het standpunt van een zorgaanbieder in de onderhandelingen met de zorgverzekeraar individueel en voor iedere zorgaanbieder afzonderlijk naar voren te brengen.

In de praktijk heeft de verplichting tot individuele onderhandelingen ertoe geleid dat zorgverzekeraars met standaardovereenkomsten werken waarover nauwelijks individueel wordt onderhandeld. Dit heeft al aanleiding gegeven tot een reeks van klachten bij de NMa over misbruik door zorgverzekeraars van hun economische machtspositie. Tot nu toe heeft

¹⁹ Art. 18 lid 3 Wmg.

de NMa al deze klachten afgewezen.²⁰ Hoewel beoogd wordt met de figuur van de zorgmakelaar de zorgaanbieder administratieve lasten te besparen, is het de vraag of dit daadwerkelijk het geval is, gezien de specifieke eisen die worden gesteld. Bovendien wordt door de zorgmakelaar de onderhandelingspositie van de zorgaanbieder niet versterkt. De zorgmakelaar is immers niet bevoegd om de belangen van de zorgaanbieders te bundelen, nu het horizontaal afstemmen van marktgedrag niet aan de orde is.

Kwaliteitsafspraken

Voor het maken van zuivere kwaliteitsafspraken bestaan in beginsel geen mededingingsrechtelijke belemmeringen indien deze tot doel hebben om via *objectieve en transparante criteria* de verantwoordelijkheden en bekwaamheden van zorgaanbieders zeker te stellen en het kwaliteitsniveau te bevorderen. Kwaliteitsstandaarden en protocollen zijn dus toegestaan. Een mededingingsrechtelijk probleem ontstaat pas indien aan die kwaliteitsafspraken andere aspecten zijn gekoppeld die de mededinging wel raken. Zo is bijvoorbeeld het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie tussen de betrokken ondernemingen als gevolg van gezamenlijke kwaliteitsafspraken niet toegestaan. Het uitwisselen van protocollen mag niet leiden tot het uitwisselen van informatie over tarieven. Ook mogen kwaliteitsafspraken niet in de weg staan aan innovatie en vernieuwing van organisatievormen. Bepaalde kwaliteitsaspecten, zoals over het verlenen van service of het aanhouden van openingstijden kunnen worden aangemerkt als concurrentieparameters en afspraken daarover kunnen de mededinging ook raken.

De vraag is in hoeverre het mededingingsbeleid in de weg mag staan aan afspraken die zorgaanbieders onderling maken om de kwaliteit van hun dienstverlening te verhogen. Uit oogpunt van zorgverlening is het begrijpelijk dat bijvoorbeeld verloskundigen afspreken dat zij hun patiënten binnen een bepaalde tijd moeten kunnen bereiken. Wanneer dit er toe leidt dat zij op basis van postcodes het werkgebied onderling verdelen, komt dit echter neer op marktverdeling. Overigens zijn op grond van de WTZi bereikbaarheidsnormen voorgeschreven en zijn zorgaanbieders op grond van die wet tevens verplicht om met elkaar daarover overleg te voeren.²¹ Tegen uit dit overleg voortvloeiende onderlinge afspraken kan de NMa dus geen bezwaar maken. Ook zouden kwaliteitsafspraken mogelijk mededingingsbeperkend kunnen zijn wanneer zij tot uitsluitingsproblemen leiden. In dat geval dient op dezelfde wijze te worden getoetst als bij erkenningsregelingen.

De Richtsnoeren geven echter geen aanwijzingen voor de oplossing van deze dilemma's. Praktisch gezien lijkt het antwoord dat een maximale reisduur geen probleem zou moeten opleveren, maar dat een marktverdelingsafpraak op basis van een toewijzing van postcodes wel een probleem oplevert. Voor de consument zou keuzevrijheid moeten blijven bestaan. Aangezien een marktverdelingsafpraak alle concurrentie uitsluit, zal een uitzondering op grond van art. 6 lid 3 Mw niet mogelijk zijn. Mogelijk is dit voor andere

kwaliteitsafspraken wel het geval. Mogelijke uitsluitingsproblemen kunnen worden voorkomen door er voor te zorgen dat kwaliteitseisen non-discriminatoire, objectief en transparant zijn (zie onder 'erkeningsregelingen').

Gemeenschappelijke inkoop

In beginsel heeft samenwerking tussen ondernemingen met betrekking tot gezamenlijke inkoop niet tot doel de mededinging te beperken. Inkoop samenwerking kan door verschillende partijen op de zorgmarkt worden gerealiseerd. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de gezamenlijke inkoop door een aantal ziekenhuizen van verbandmaterialen. Vanzelfsprekend dient bij de beoordeling de relevante inkoop- en verkoopmarkt te worden afgebakend. Voor een beoordeling van mogelijk mededingingsbeperkende effecten dient te worden gekeken naar de positie van het inkoop samenwerkingsverband op de inkoopmarkt en de verkoopmarkt. NMa wijst in dit verband op het begrip 'marktmacht' als gedefinieerd in het Visiedocument *Inkoopmacht*.²² De vereiste analyse is vergelijkbaar met die in Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten²³ waarnaar de Richtsnoeren ook verwijzen. In de regel is er geen probleem wanneer de deelnemers aan de inkoop samenwerking zowel op de inkoopmarkt als op de verkoopmarkt over een marktaandeel lager dan 15% beschikken. Bij grotere marktaandelen hoeft er geen probleem te zijn, maar dat dient dan wel te blijken uit nader onderzoek, waarbij marktconcentratie en tegenmacht van andere marktpartijen een rol spelen.

Inkoop samenwerking leidt tot efficiencyvoordelen. Gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars zal bijdragen aan de sterke positie van zorgverzekeraars waarover zij toch al beschikken. Voor kleinere zorgaanbieders vormt gezamenlijke inkoop echter middel om sterker te staan tegenover zorgverzekeraars. Gezien de benodigde samenwerking lijkt het voor de hand te liggen dat gezamenlijke inkoop alleen aantrekkelijk is voor zorgaanbieders die toch al verenigd zijn in een groter organisatorisch verband.

Preferentiebeleid

Als bijzondere vorm van inkoop samenwerking kan worden beschouwd het hanteren van een gezamenlijk preferentiebeleid. In het kader van een gezamenlijk preferentiebeleid hanteren verschillende zorgverzekeraars gezamenlijk een procedure voor het selecteren van een of meer preferente

20 Zie onder meer persbericht NMa, NMa wijst klachten zorgaanbieders tegen zorgverzekeraars af, 05-16/25 mei 2005 en, meer recent, besluit NMa van 14 juli 2006, zaak 5166 NVM-Menzis.

21 Art. 4 WTZi en Beleidsregels WTZi, *Stcrt.* 19 juli 2007, nr. 137, p.31.

22 Als gedefinieerd in het NMa-Visiedocument *Inkoopmacht*, december 2004, www.nmanet.nl.

23 Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEG C3* van 6 januari 2001, p. 2, nr. 126 en 129.

leveranciers die een bepaald geneesmiddel of groep geneesmiddelen mogen leveren. De NMa signaleert dat hoewel een dergelijke praktijk in beginsel juist bedoeld is om tot een doelmatiger inkoop van geneesmiddelen te komen, zich ook mededingingsbeperkende effecten kunnen voordoen. Ten eerste leidt het preferentiebeleid tot uniformering van de kosten van geneesmiddelen voor de verzekeraars en ten tweede onderscheiden de verzekeraars zich niet meer van elkaar met betrekking tot de geneesmiddelen die zij vergoeden. Of deze gevolgen merkbaar zijn, hangt af van het aandeel van deze geneesmiddelen in de totale kosten en welk deel van gezamenlijk preferentiebeleid uitmaakt van het verzekerde pakket. De beoordeling hangt af van de omstandigheden van het geval. Mogelijk kan ook nog een beroep op art. 6 lid 3 Mw worden gedaan. Voorts signaleert de NMa nog een verticaal aspect: ook de overeenkomst met de preferente leverancier kan de mededinging beperken. Van belang zijn de concurrentiemogelijkheden op het moment van het verlenen van preferentie en de duur waarvoor preferentie wordt verleend. De overeenkomst mag niet leiden tot een uitsluitingseffect in die zin dat andere leveranciers van de markt verdwijnen.

In de praktijk heeft de NMa haar goedkeuring verleend aan een door zorgverzekeraars in Nederland, verenigd in Zorgverzekeraars Nederland (ZN) voorgesteld preferentiebeleid, waarbij de zorgverzekeraars gezamenlijk uit een aantal geneesmiddelen een of meer producten aanwijzen die met uitsluiting van soortgelijke producten voor vergoeding in aanmerking komen.²⁴ Onlangs leidde dit preferentiebeleid tot vragen bij geneesmiddelenfabrikanten. Deze voerden onder meer aan dat de situatie ten opzichte van de in 2005 door de NMa afgegeven informele zienswijze aanmerkelijk is gewijzigd. De voorzieningenrechter beperkte zich tot de vaststelling dat het onvoldoende aannemelijk was dat de NMa het preferentiebeleid als een relevante inperking van de mededinging zou aanmerken. Aan een eigen oordeel waagde de voorzieningenrechter zich niet.²⁵ Nu juist de NMa is bij uitstek in staat is om een oordeel te vellen een dergelijke kwestie, is het te hopen dat de NMa dergelijke zaken ook oppakt, wanneer deze onder haar aandacht worden gebracht.

Gezamenlijke waarneming

Het gezamenlijk organiseren van waarneming door zorgaanbieders levert geen strijd op met het kartelverbod. Het aanbieden van waarneming wordt gezien als het aanbieden van een product en in dat kader mogen de zorgaanbieders die gezamenlijk de waarneming organiseren collectief met de afnemende zorgverzekeraar over de voorwaarden en tarieven onderhandelen. Ten aanzien van het toelatingsbeleid voor deelname aan de waarnemingsregeling stelt de NMa dat toelatingsvoorwaarden getoetst dienen te worden op dezelfde wijze als de deelname aan erkenningsregelingen (zie hierna). Ook mag de waarnemingsregeling niet leiden tot uitsluiting van derden. Dat betekent dat zorgaanbieders niet zomaar potentiële deelnemers aan een waarnemingsregeling mogen weigeren. Weigering is slechts mogelijk op objectieve gronden. En vanzelfsprekend mogen de afspraken in het kader van de waar-

neemregeling niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is voor de waarneming.

Elektronische netwerken

Over het opzetten van elektronische netwerken oordeelt de NMa dat dit is toegestaan, zolang deze netwerken niet worden gebruikt voor de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie. Daarnaast dient het samenwerkingsverband open, transparant en non-discriminair te zijn en mag het netwerk niet tot uitsluitingsproblemen leiden. De facto is de toets eveneens gelijk aan de toets die bij toelating tot erkenningsregelingen wordt toegepast.

De onderlinge afspraak tussen een aantal apotheken om een elektronisch netwerk niet te gebruiken tijdens reguliere openingstijden acht de NMa in strijd met de Mededingingswet. Met behulp van een elektronisch netwerk kunnen apotheken namelijk medicatiebewaking uitvoeren voor alle patiënten van de op het netwerk aangesloten apotheken, waardoor het voor de apotheken mogelijk wordt om ook niet-ingeschreven patiënten te helpen. Door dit netwerk tijdens reguliere openingstijden niet te gebruiken, wordt de patiënt belemmerd in de vrijheid om gedurende deze tijden ook naar een andere apotheek te gaan, dan waar hij is ingeschreven.²⁶

Samenwerking op administratief gebied

Ook samenwerking op administratief gebied levert geen probleem op, mits de samenwerking niet verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van de beoogde voordelen op administratief gebied.

Huisartsen Onder Een Dak

Een HOED-constructie ziet op samenwerking tussen huisartsen als 'huisartsen onder een dak'. In beginsel wordt dit als samenwerking tussen concurrenten gezien. Echter, deze samenwerking levert geen probleem op, indien de samenwerkende huisartsen elk een eigen onderneming voeren en daarbij geen onderlinge afspraken maken over tarieven. Ook dienen de onderhandelingen met aanbieders en zorgverzekeraars op individuele basis te geschieden. Wel kunnen zij dan gezamenlijke kosten delen. Het voorgaande gaat niet op indien zij opgaan in één onderneming.

Afspraken tussen niet-concurrenten

Bij afspraken tussen niet-concurrenten wordt gedacht aan samenwerking tussen ondernemingen die op ofwel verschillende geografische markten werkzaam zijn ofwel ondernemingen die in verschillende sectoren werkzaam zijn. Een krachtenbundeling tussen zorgaanbieders die op verschillende geografische markten werkzaam zijn levert geen mededingingsrechtelijk probleem op. Een dergelijke samenwerking is echter niet erg waarschijnlijk en biedt dan ook voor zorgaan-

24 Informele zienswijze NMa van 22 juni 2005.

25 Rechtbank Breda van 4 januari 2008.

26 Besluit NMa van 21 juni 2004, zaak 2501/Dienstapothek regio Assen.

bieders weinig soelaas. De Richtsnoeren signaleren echter bij samenwerking in multidisciplinaire samenwerkingsverbanden risico's op mededingingsbeperkingen.

Samenwerking tussen zorgaanbieders met verschillende discipline

Een voorbeeld hiervan is de samenwerking binnen zorgketens, waar zorgaanbieders met verschillende discipline met elkaar samenwerken bij het verlenen van gespecialiseerde zorg. Een voorbeeld daarvan is de zorg voor diabetespatiënten waar de huisarts, verpleegkundige, fysiotherapeut en diëtiste gezamenlijk op elkaar afgestemde zorg verlenen. Op zichzelf wordt de mededinging vanzelfsprekend door deze samenwerking niet beperkt aangezien de zorgverleners niet op dezelfde productmarkt actief zijn.

Echter, de Richtsnoeren signaleren in twee gevallen een mededingingsrisico. Wanneer het marktaandeel van de partijen die samenwerken relatief groot is en de samenwerking exclusief is, dan bestaat het risico dat overige partijen op de markt geen toegang meer kunnen krijgen tot de patiënt. Te denken valt aan het ziekenhuis dat patiënten uitsluitend doorverwijst aan naar een bepaalde thuiszorginstelling. De vraag of de samenwerking de mededinging beperkt wordt daarbij dan mede beïnvloed door de duur van het exclusieve contract en de opzegtermijn. Ook de overige marktomstandigheden, zoals het bestaan van andere zorgketens, spelen daarbij een rol. Dit betekent dus dat bij samenwerkingsovereenkomsten tussen verschillende zorgaanbieders waarbij exclusiviteit wordt overeengekomen. Relevant is het marktaandeel van de bij de samenwerking betrokken partijen, de duur van de overeenkomst en het aantal en de marktomvang van niet bij het samenwerkingsverband aangesloten zorgaanbieders.

Het tweede mededingingsrisico doet zich voor wanneer afzonderlijke zorgketens naast elkaar opereren. Dan kunnen deze (parallele) netwerken gezamenlijk voor een uitsluitings-effect zorgen. Te denken valt aan de situatie waar verschillende ziekenhuizen en thuiszorginstellingen in een regio zich exclusief aan elkaar hebben verbonden. In dat geval kan het voor een nieuw toetredende thuiszorginstelling moeilijk worden om toegang te krijgen tot patiënten. Hoewel de individuele afspraken gezien de marktaandelen niet problematisch hoeven te zijn, kunnen de afspraken gezamenlijk ertoe leiden dat de markt voor nieuwkomers wordt afgeschermd. Waarschijnlijk is dit niet ernstig zolang 50% van de markt niet is gebonden.²⁷ In geval van een marktafschermend effect is de NMa bevoegd om de groepsvrijstelling in te trekken.

Een ander voorbeeld van samenwerking tussen niet-concurrenten is samenwerking tussen eerstelijnszorgaanbieders van verschillende discipline in een gezondheidscentrum. Intensieve samenwerking tussen verschillende disciplines en een gezamenlijke bedrijfsvoering levert geen mededingingsrechtelijk probleem op. Het is dan ook toegestaan om gezamenlijk met een zorgverzekeraar te onderhandelen over het aan te bieden product. Ook kan gezamenlijk worden ingekocht. Vanzelfsprekend leveren afspraken tussen zorgaanbieders met dezelfde discipline, bijvoorbeeld tussen twee aan het

centrum verbonden fysiotherapeuten, wel een probleem op. Voor hen geldt dat zij individueel moeten contracteren.

Brancheorganisaties en erkenningsregelingen

Een brancheorganisatie heeft als doel het behartigen van de belangen van de aangesloten leden. Brancheorganisaties vervullen daarnaast voor hun leden vaak een adviserende rol. De brancheorganisatie mag echter niet dienen als forum voor het maken van mededingingsbeperkende afspraken. Ook mag de brancheorganisatie niet namens haar leden onderhandelen over commerciële voorwaarden. En daarnaast mag een brancheorganisatie haar leden niet adviseren over het te voeren commerciële beleid. In het verleden is de NMa een aantal malen zeer streng opgetreden tegen brancheorganisaties.²⁸ Inmiddels is het vaste rechtspraak dat alle vormen van advies met betrekking tot commerciële voorwaarden (zoals adviesprijzen) door een brancheorganisatie aan haar leden onder het kartelverbod vallen, ook wanneer slechts sprake is van vrijblijvende aanbevelingen die slechts in geringe mate door de leden zijn opgevolgd.²⁹

In de Richtsnoeren geeft de NMa een nadere toelichting, waarbij de facto het eerder bekendgemaakte gepubliceerde toetsingskader dat de NMa hanteert, wordt herhaald.³⁰ De NMa voegt overigens terecht toe dat bij de beoordeling van de vraag of een aanbeveling tot doel of gevolg heeft dat de mededinging merkbaar wordt beperkt, de economische en juridische context waarbinnen een aanbeveling geschiedt, van groot belang is.³¹ Vooral in de zorg is die context bij uitstek van belang.³²

Erkeningsregelingen

Ten slotte staat de NMa in het kader van samenwerkingsvormen stil bij de mogelijk mededingingsbeperkende gevolgen van erkenningsregelingen. Onder erkenningsregelingen vallen kwaliteitsregelingen, keurmerkregelingen, certificeringsregelingen maar ook lidmaatschapsregelingen van brancheorganisaties. In beginsel staat de NMa positief tegenover erkenningsregelingen. Wel is de NMa van mening dat van dergelijke regelingen een mededingingsbeperkend effect kan uitgaan. Dit is het geval indien van de erkenningsregeling een (potentieel) uitsluitingseffect uitgaat. Daarbij hanteert de NMa de lijn, dat indien een erkenningsregeling voor de activiteiten van de deelnemers op de markt belangrijke economische voordelen meebrengt die zij niet anderszins zelf kunnen behalen, een situatie kan ontstaan waarin het voor

27 Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, *PbEG* C291/1 van 13 oktober 2000, nr. 142-143.

28 Onder meer in Besluit NMa van 30 april 2004 in zaak 3309/NIP, LVE, NVP en NVVP.

29 Rechtbank Rotterdam van 28 februari 2006, BOVAG-NCBRM, *LJN* AX1341.

30 NMa Richtsnoeren samenwerking ondernemingen.

31 CBB van 28 oktober 2005, Modint, *LJN* AU5316.

32 Zie ook rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006, NIP, LVE, NVP en NVVP, *LJN* AY4928.

niet aan de erkenningsregeling deelnemende ondernemingen moeilijk wordt om zonder deelname aan die regeling op de markt te opereren dan wel om tot de markt toe te treden. Dit zal het geval zijn als de deelnemende ondernemingen een groot deel van de markt vertegenwoordigen en consumenten of zakelijke afnemers de bewuste erkenning als een belangrijke voorwaarde zien om goederen of diensten af te nemen. Om ongerechtvaardigde uitsluiting te voorkomen dient de erkenningsregeling een open karakter te hebben, de eisen die de erkenningsregeling stelt moeten objectief, niet-discriminerend en vooraf duidelijk zijn, de toelatingsprocedure moet transparant zijn en de toelatingsprocedure voor erkenning moet voorzien in een afhankelijke toetsing, ofwel bij de eerste beoordeling ofwel in beroep tegen een afwijzing.³³ In de regel wordt echter, indien de aangesloten ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel hebben van meer dan 20%, zonder meer aangenomen dat van de erkenningsregeling een potentieel uitsluitingseffect uitgaat.³⁴ De NMa onthoudt zich in de praktijk dan van een feitelijk onderzoek naar het daadwerkelijke uitsluitingseffect van de regeling.

Concentratiecontrole

Met ingang van 1 januari 2008 zijn specifiek voor de zorgsector de drempelwaarden voor de omzet waarboven een concentratie bij de NMa moet worden gemeld, voor de duur van vijf jaar verlaagd. Een concentratie in de zorgsector moet worden aangemeld bij de NMa indien de ondernemingen gezamenlijk in het voorafgaande kalenderjaar in totaal meer dan € 55.000.000 wereldwijd omzetten, en ten minste van twee hen in Nederland elk een jaaromzet van minimaal € 10.000.000 realiseren.³⁵ Dit geldt echter alleen indien ten minste twee van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar met het verlenen van zorg, ieder afzonderlijk een omzet hebben behaald van meer dan € 5.500.000.³⁶ De achterliggende gedachte is dat ook bij kleinere concentraties toch mogelijk mededingingsbeperkingen zouden kunnen ontstaan op lokale of regionale markten, ook al is sprake van relatief lage omzetten.

Eveneens afwijkend van een reguliere concentratiemelding is dat de NMa de melding zowel in de meldings- als in de vergunningsfase zal voorleggen aan de NZa. De NZa zal dan gevraagd worden of zij een zienswijze wil geven. De NZa onderzoekt of de concentratie nadelige gevolgen voor de publieke belangen heeft, zoals de betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. Daarbij houdt de NZa op haar beurt weer rekening met eventuele opmerkingen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ). Als gevolg van het Samenwerkingsprotocol is de NMa gehouden de zienswijze van de NZa bij de besluitvorming te betrekken. Recent gebeurde dat nog in de zaak Eveen Groep, Philadelphia Zorg en Woonzorg Nederland.³⁷ Ondanks dat de NZa geen negatieve gevolgen voor de publieke belangen kon uitsluiten, keurde de NMa de fusie, onder voorwaarden, goed.

Opmerkingen tot slot

De Richtsnoeren geven een vrij compleet beeld van het actue-

le beleidskader van de NMa met betrekking tot de beoordeling van de voorkomende samenwerkingsvormen in de zorgsector. Voor marktpartijen bieden de Richtsnoeren enige aanknopingspunten om zelf te kunnen toetsen of een gedraging in een bepaalde deelsector onder het bereik van het mededingingstoezicht valt, en indien dit het geval is, of deze gedraging dan ook is toegelaten. In meer dan het aangeven van een richting voor het uitvoeren van een 'self assessment' door partijen, voorzien de Richtsnoeren echter niet. Zoals in de Richtsnoeren ook steeds wordt benadrukt en ook een logische consequentie vormt, hangt de uiteindelijke beoordeling van een samenwerkingsvorm steeds af van de feitelijke omstandigheden van het concrete geval en blijft de verantwoordelijkheid van partijen zelf.

Minder voor de hand ligt het echter dat de Richtsnoeren ook ten aanzien van de voorvraag bij de toepassing van die Richtsnoeren, namelijk of de Mededingingswet van toepassing is, niet meer bieden dan een richtinggevend kader. In plaats van te voorzien in een inventarisatie van de (deel)sectoren in de zorg waar in elk geval sprake is van volledige mededinging, bieden de Richtsnoeren slechts criteria aan de hand waarvan marktdeelnemers zelf dienen vast te stellen of concurrentie mogelijk is in een bepaalde deelsector. Enerzijds maken deze criteria het mogelijk dat het toepassingsbereik van de Richtsnoeren van geval tot geval kan worden vastgesteld en zich aanpast aan een veranderende markt. Anderzijds wordt hiermee voor marktpartijen onvoldoende duidelijkheid gecreëerd met betrekking tot de reikwijdte van het mededingingstoezicht.

Concluderend kan worden gesteld dat de Richtsnoeren ten aanzien van het toepassingsbereik van de Mededingingswet een erg grote verantwoordelijkheid bij marktpartijen zelf leggen. Gezien het feit dat de NMa haar bevoegdheden 'ex post' uitoefent, brengt dit voor marktpartijen in de zorgsector grote risico's mee. Gelet hierop zou de NMa zou in elk geval een ruimhartig beleid kunnen hanteren tot het desgevraagd afgeven van informele zienswijzen. Ook zou de NMa kunnen overwegen in voorkomende gevallen in nieuwe markten eerst sturend op te treden alvorens tot beboeting over te gaan. In dat kader is de vraag al gesteld of hier geen ruimte bestaat voor de introductie van nationale groepsvrijstellingen.³⁸ Aangezien de mededinging in de recent en nog slechts gedeeltelijk geliberaliseerde zorgmarkt nog niet tot volle wasdom is

33 Zie ook de NMa-Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen.

34 NMa-Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, nr. 86.

35 Onder het reguliere concentratietoezicht geldt een drempel van een gezamenlijke wereldwijde omzet van € 113.450.000 en een minimumomzet voor twee ondernemingen van € 30.000.000.

36 Besluit van 6 december 2007, *Staatsblad* 2007, 518. Abusievelijk is in de Richtsnoeren overigens een onjuist bedrag vermeld.

37 Besluit NMa van 1 april 2008, zaak 6141/Eveen Groep, Philadelphia Zorg en Woonzorg Nederland.

38 Vergelijk bijvoorbeeld het Besluit Vrijstelling Branchebeschermingsovereenkomsten van 25 november 1997, *Stb.* 597 (vervalt per 1 januari 2009).

gekomen, ontbreekt voornamelijk een 'level playing field'. Dit zou kunnen worden ondervangen door een groepsvrijstelling in het kader waarvan aan zorgaanbieders mogelijkheden tot samenwerking worden geboden.³⁹

Het voorgaande is in het bijzonder van belang aangezien de meeste vormen van samenwerking die in de Richtsnoeren worden beschreven, betrekking hebben op zorgaanbieders in de eerste lijn. Veelal gaat het hier om kleinere ondernemingen. De tendensen die de NMa signaleert zijn erop gericht meer efficiëntie en een betere kwaliteit van dienstverlening in de zorg te bereiken. Deze initiatieven worden nu bemoeilijkt door het feit dat zorgverleners zich steeds bewust moeten zijn van de mededingingsregels.

In dat kader speelt ook steeds de marktafbakening door de NMa een cruciale rol, waarbij de NMa in de regel uitgaat van lokale zorgverleningsmarkten. De drempel van de bagatelregeling is dermate laag dat een initiatief tot samenwerking tussen zorgaanbieders hier in de regel geen gebruik van zal kunnen maken. Evenmin zal een dergelijke overeenkomst op grond van niet merkbaarheid aan het kartelverbod kunnen ontkomen. En vermoedelijk is de oplossing van de zorgmakelaar die de NMa aandraagt, in de praktijk weinig zinvol. De vraag is dan of het accent op samenwerking door zorgaanbieders gewenst is, gezien de positieve bijdrage die gespecialiseerde samenwerking levert aan de kwaliteit van de gezondheidszorg. Mogelijk is nog een rol weggelegd voor art. 6 lid 3 Mw, hoewel dit bij een al te groot marktaandeel hoe dan ook niet mogelijk zal zijn.

In de praktijk lijkt het erop dat de zorgverzekeraars in een sterkere positie verkeren ten opzichte van de aanbieders van zorg. In dat verband is het ten slotte opmerkelijk dat de Richtsnoeren (vrijwel) geen aandacht besteden aan het verbod op misbruik van economische machtspositie. Het is, gelet op het aantal misbruikzaken – vooral met betrekking tot gedragingen van zorgverzekeraars – dat in de afgelopen jaren aan in deze sector de NMa is voorgelegd, de vraag of het gebrek aan aandacht voor art. 24 Mw terecht is. Het feit dat niet de NMa maar de NZa primair is bevoegd maatregelen te nemen ten aanzien van marktdeelnemers met aanmerkelijke marktmacht doet hier niet aan af. Het feit dat bevoegdheden van de NZa beperkt omschreven zijn, maakt dat de NMa voor ondernemingen een aanspreekpunt zal blijven. Bovendien is de NMa anders dan de NZa bevoegd te oordelen over collectieve machtsposities en blijft de NMa primair bevoegd in geval sprake is van toepasselijkheid van art. 81 en 82 EG.

De conclusie luidt dat de Richtsnoeren aan marktdeelnemers in de zorgsector beogen een concreet toetsingskader te bieden. Voor kleinere zorgaanbieders vormen de Richtsnoeren veeleer een belemmering. Met betrekking tot de vraag of het mededingingsrecht van toepassing is, blijft onzekerheid voor marktdeelnemers in de zorgsector bestaan.

39 Vergelijk F.O.W. Vogelaar in 'Interface: EC and Dutch Competition Law – In which fields or areas would the Netherlands still have autonomous regulating powers? And would it be wise to use these powers?' in Obradovic and Lavranos, *Interface between EU Law and National Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 187-202.