

Instellingsoverstijgende maatschappen

Huidige ontwikkelingen, mogelijke gevolgen en de
aanpak van eventuele mededingingsproblemen

Dr. M. Varkevisser
Drs. S.A. van der Geest
Mr. dr. E.M.H. Loozen
Dr. I. Mosca
Prof. dr. F.T. Schut

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)

EINDRAPPORT

Contact:

Dr. M. Varkevisser
instituut Beleid & Management Gezondheidszorg (iBMG)
Erasmus Universiteit Rotterdam
Kamer J8-71
Postbus 1738
3000 DR Rotterdam
T 010 – 408 9105
E varkevisser@bmg.eur.nl

Inhoud

Voorwoord	2
Samenvatting en conclusies	3
1. Inleiding	6
2. Instellingsoverstijgende maatschappen door fusies.....	8
2.1 Inleiding	8
2.2 Maatschappfusie	8
2.3 Sterke groei instellingsoverstijgende maatschappen	9
2.4 Beweegredenen voor instellingsoverstijgende maatschappen.....	11
3. Mogelijke gevolgen instellingsoverstijgende maatschappen	15
3.1 Inleiding	15
3.2 Interne ‘governance’ ziekenhuis	15
3.3 Zorginkoop door zorgverzekeraars.....	18
4. Mededingingsrechtelijke positie van instellingsoverstijgende maatschappen.....	21
4.1 Inleiding	21
4.2 Instellingsoverstijgende maatschappen en artikel 48 Wmg	21
4.3 Ziekenhuisbesturen: artikel 6 Mw en artikel 48 Wmg.....	25
4.4 Samenvattend	27
Referenties.....	28
Bijlage A Vragenlijst ziekenhuizen.....	29
Bijlage B Overzicht geraadpleegde gesprekspartners	32

Voorwoord

Schaalvergroting lijkt een trend onder medisch specialisten. Als gevolg van fusies ontstaan steeds meer instellingsoverstijgende maatschappen. Bij dergelijke maatschappen, ook wel 'regiomaatschappen' genoemd, is één groep van medisch specialisten in twee of meer ziekenhuizen tegelijkertijd werkzaam. Deze regionalisering van maatschappen staat momenteel volop in de (politieke) belangstelling. Zo staat in het regeerakkoord van het huidige kabinet dat "de vorming van mega- of regiomaatschappen wordt ontmoedigd."

Ten aanzien van de regionalisering van maatschappen bestaat echter nog veel onduidelijkheid. In dit verkennende onderzoek, dat is uitgevoerd in opdracht van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA), is er naast de huidige ontwikkelingen daarom aandacht voor zowel de mogelijke gevolgen van maatschapsfusies als de mogelijkheden die de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) biedt om eventuele mededingingsproblemen aan te pakken die door de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen worden veroorzaakt.

Tijdens het onderzoek zijn verschillende informele gesprekken gevoerd met stakeholders. Deze gesprekken waren voor ons een belangrijke bron van informatie. Wij danken de geraadpleegde personen dan ook voor hun bereidwillige medewerking.

Tot slot dient te worden benadrukt dat de in dit rapport beschreven opvattingen geheel voor rekening van het iBMG komen en niet noodzakelijkerwijs overeenkomen met de opvattingen van de NZa.

Marco Varkevisser
Projectleider

Rotterdam, 26 maart 2013

Samenvatting en conclusies

De belangrijkste bevindingen van dit onderzoeksrapport worden hieronder samengevat door elk van de drie onderzoeksvragen kort en bondig te beantwoorden.

1. Hoe wijdverbreid zijn instellingsoverstijgende maatschappen en wat zijn de belangrijkste beweegredenen die aan dergelijke maatschappen ten grondslag liggen?

Als gevolg van fusies tussen maatschappen is het aantal instellingsoverstijgende maatschappen de afgelopen jaren sterk toegenomen en deze toename lijkt zich voort te zetten. Aan maatschapsfusies liggen verschillende beweegredenen ten grondslag die veelal niet los van elkaar kunnen worden gezien. Er zijn twee overkoepelende hoofdmotieven, te weten (a) schaalvoordelen en (b) strategische overwegingen.

- a) Ten aanzien van de schaalvoordelen is vooral de subspecialisatie van belang die binnen de medische wetenschap waarneembaar is. Om binnen een maatschap verschillende subspecialismen mogelijk te maken zijn voldoende behandelingen nodig, zeker gezien het toenemend belang dat aan volumenormen wordt toegekend. Daarnaast wordt schaalvergroting door middel van een fusie door maatschappen soms als noodzakelijk gezien om de minimale patiëntenaantallen te realiseren die vereist zijn om investeringen in dure apparatuur en personeel te kunnen doen.
- b) Ten aanzien van de strategische overwegingen geldt allereerst dat maatschappen door te fuseren hun positie tegenover het ziekenhuisbestuur kunnen versterken. Een instellingsoverstijgende maatschap zou bijvoorbeeld kunnen proberen om de raden van bestuur van de betrokken ziekenhuizen tegen elkaar uit te spelen ten einde financiële concessies af te dwingen. Daarnaast wordt een instellingsoverstijgende maatschapsfusie door de betrokken specialisten soms ook gezien als een manier om het huidige fiscaal ondernemerschap veilig te stellen. Hiervoor is het immers cruciaal dat vrijgevestigd medisch specialisten meer dan één opdrachtgever hebben.

2. Welke mogelijke gevolgen brengen instellingsoverstijgende maatschappen met zich mee voor (i) de interne ‘governance’ van een ziekenhuis en (ii) de zorginkoop door zorgverzekeraars?

Voor de interne ‘governance’ van een ziekenhuis is van belang dat na een maatschapsfusie de belangen van de medisch specialisten en de raad van bestuur van de betrokken ziekenhuizen sterk(er) uiteen kunnen lopen. Dit brengt voor raden van bestuur vooral op het gebied van portfoliokeuzes (welke vormen van zorg worden in welk ziekenhuis geconcentreerd?) het risico met zich mee dat ze door de instellingsoverstijgende maatschap tegen elkaar worden uitgespeeld, bijvoorbeeld om financiële concessies af te dwingen. Hier staat echter tegenover dat het bestuur van een instelling na een maatschapsfusie kan

weigeren om toelatingsovereenkomsten te verlenen aan de specialisten van andere ziekenhuizen en op grond van het concurrentiebeding in de toelatingsovereenkomst de eigen specialisten kan verbieden om met andere ziekenhuizen een toelatingsovereenkomst aan te gaan. Dit biedt hen de formele mogelijkheid om een ongewenste fusie tussen maatschappen te blokkeren. Om de voordelen van schaalvergroting optimaal te kunnen benutten is het voor de betrokken specialisten namelijk van groot belang dat zij gemakkelijk tussen de verschillende ziekenhuizen kunnen rouleren. Bovendien zorgt de eindverantwoordelijkheid van het ziekenhuisbestuur ervoor dat het opnieuw verdelen van zorg over de ziekenhuizen alleen kan plaatsvinden als de raden van bestuur van de betreffende ziekenhuizen instemmen met de verandering in zorgprofielen die hiervan het gevolg is. Verschillende factoren kunnen de formele machtspositie van een raad van bestuur echter versterken of verzwakken. Naast de kwaliteit (managementvaardigheden) en daadkracht van de betreffende bestuurder(s) betreft dit vooral de samenwerking met de medische staf en de mate waarin men in het geval van een hoogoplopend conflict met de eigen specialisten in staat moet worden geacht om vervangende specialisten aan te trekken. Bestuurders van grote (topklinische) ziekenhuizen in stedelijke regio's lijken op dit laatste punt over een betere uitgangspositie te beschikken dan bestuurders van relatief kleine perifere ziekenhuizen.

Voor de zorginkoop door zorgverzekeraars geldt dat na een maatschapsfusie zorgverzekeraars aan 'de voorkant' weliswaar nog steeds met verschillende ziekenhuizen onderhandelen. Wanneer sprake is van een instellingsoverstijgende maatschap wordt de betreffende zorg aan 'de achterkant' echter door dezelfde specialisten geleverd. Met andere woorden, het aantal keuzemogelijkheden is op papier weliswaar gelijk gebleven maar in de praktijk afgenomen. Dit is zeker het geval wanneer bepaalde vormen van zorg na een maatschapsfusie op één plek worden geconcentreerd. Het valt derhalve niet te ontkennen dat de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen in beginsel een reële bedreiging vormt voor de selectieve zorginkoop door zorgverzekeraars.

Kortom, voor een gedegen oordeel over de (on)wenselijkheid van gefuseerde instellingsoverstijgende maatschappen zullen de verschillende positieve en negatieve gevolgen die zich kunnen voordoen – zoals samengevat in tabel A – tegen elkaar moeten worden afgewogen.

Tabel A: Overzicht positieve en negatieve gevolgen van maatschapsfusies

Positieve gevolgen	Negatieve gevolgen
+ Mogelijk maken subspecialisaties	- Sterkere onderhandelingspositie specialisten t.o.v. raden van bestuur
+ Voldoen aan volumennormen	- Minder mogelijkheden selectieve zorginkoop door zorgverzekeraars
+ Kunnen veroorloven van dure investeringen	

3. Wat is de mededingingsrechtelijke positie van instellingsoverstijgende maatschappen en welke mogelijkheden biedt de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) om eventuele mededingingsproblemen aan te pakken die door de vorming van dergelijke maatschappen worden veroorzaakt?

Wat betreft de mededingingsrechtelijke positie van instellingsoverstijgende maatschappen is allereerst van belang dat artikel 48 Wmg niet geschikt lijkt om op te treden tegen maatschappen als door de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen marktmacht ontstaat. Niet alleen kan geen sprake zijn van eenzijdige AMM omdat een maatschap geen zorgaanbieder is in de zin van de Wmg, maar net zo min lijkt sprake te kunnen zijn van collectieve AMM. De specialisten van een maatschap handelen namelijk niet als een collectieve eenheid op de betrokken zorgmarkt. Gelet op het feit dat de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen met name zou kunnen leiden tot een beperking van de mogelijkheden van de zorgverzekeraars tot selectieve inkoop is daarvan geen sprake. De zorgverzekeraars onderhandelen immers niet met de specialisten wanneer zij zorg inkopen, maar met de ziekenhuisbesturen. Tegelijkertijd hoeft er geen sprake te zijn van tandoos mededingingstoezicht. Zo is het gebruikelijke scenario dat bepaalde vormen van zorg na een maatschapsfusie worden geconcentreerd en dus nog slechts op één plek worden aangeboden. In dat geval is feitelijk sprake van horizontale coördinatie tussen twee of meer ziekenhuizen. Deze ziekenhuizen kunnen hierop door de NMa worden aangesproken krachtens artikel 6 Mededingingswet (Mw). Daarnaast geldt dat wanneer het zorgaanbod van twee of meer betrokken ziekenhuizen wordt afgestemd een ziekenhuis hierdoor een *eenzijdige* AMM-positie kan verkrijgen op een specifieke deelmarkt. In dat geval kan een ziekenhuis op grond van artikel 48 Wmg door de NZa worden aangepakt.

1. Inleiding

Aanleiding onderzoek

Hoewel het aandeel medisch specialisten in loondienst sinds de eeuwwisseling fors is toegenomen, is van alle medisch specialisten in Nederland nog steeds ruim 40% in vrije vestiging werkzaam (Capaciteitsorgaan, 2010). Bij laatstgenoemde groep gaat het vooral om beroepsbeoefening in maatschapverband. Van oudsher zijn maatschappen in één bepaald ziekenhuis werkzaam, maar maatschappen kunnen ook fuseren tot instellingsoverstijgende maatschappen waarvan de specialisten in meer dan één ziekenhuis werkzaam zijn. Hoewel fusies tussen maatschappen niet nieuw zijn, is de (politieke) aandacht ervoor de laatste tijd sterk toegenomen. Informatie over het precieze aantal instellingsoverstijgende maatschappen is echter niet voorhanden, omdat op grond van de huidige wet- en regelgeving geen sprake is van een meldingsplicht. Ook bestaat onduidelijkheid over zowel de belangrijkste beweegredenen die aan maatschapsfusies ten grondslag liggen als de mogelijke gevolgen die het ontstaan van instellingsoverstijgende maatschappen kan hebben voor het functioneren van het Nederlandse zorgstelsel met gereguleerde concurrentie.

Gezien het bovenstaande heeft de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) aan het instituut Beleid & Management Gezondheidszorg (iBMG) van de Erasmus Universiteit Rotterdam opdracht gegeven om een onafhankelijk verkennend onderzoek uit te voeren naar de toename van het aantal instellingsoverstijgende maatschappen. Dit onderzoek is van medio oktober 2012 tot eind maart 2013 uitgevoerd door een multidisciplinair onderzoeksteam van het iBMG waarin zowel (gezondheids)economische als mededingingsrechtelijke expertise was vertegenwoordigd. De belangrijkste bevindingen van het onderzoek worden in voorliggend rapport gepresenteerd.

Onderzoeksvragen

In het onderzoek staan de volgende drie vragen centraal:

1. Hoe wijdverbreid zijn instellingsoverstijgende maatschappen en wat zijn de belangrijkste beweegredenen die aan dergelijke maatschappen ten grondslag liggen?
2. Welke mogelijke gevolgen brengen instellingsoverstijgende maatschappen met zich mee voor (i) de interne 'governance' van een ziekenhuis en (ii) de zorginkoop door zorgverzekeraars?
3. Wat is de mededingingsrechtelijke positie van instellingsoverstijgende maatschappen en welke mogelijkheden biedt de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) om eventuele mededingingsproblemen aan te pakken die door de vorming van dergelijke maatschappen worden veroorzaakt?

Aanpak

Om bovenstaande vragen te beantwoorden is allereerst in samenwerking met het iBMG door de NZa een vragenlijst uitgezet onder alle algemene ziekenhuizen. De ziekenhuizen konden deze vragenlijst, zie bijlage A, online invullen. Daarnaast is gezocht naar relevante nieuwsberichten en achtergrondartikelen (op de websites) van vakbladen zoals *Medisch Contact*, *MedNet*, *Skipr* en *Zorgvisie*. In aanvulling op dit bureauonderzoek hebben informele gesprekken plaatsgevonden met (vertegenwoordigers van) zorgverzekeraars, (raden van bestuur van) ziekenhuizen en medisch specialisten. Het doel van deze gesprekken was om meer grip te krijgen op zowel de recente ontwikkelingen als de (mogelijke) gevolgen van maatschappijfusies. Een overzicht van de geraadpleegde gesprekspartners is te vinden in bijlage B.

Leeswijzer

Het voorliggende eindrapport is als volgt opgebouwd. In de hoofdstukken 2, 3 en 4 komen achtereenvolgens de eerste, tweede en derde onderzoeksvraag aan bod. De belangrijkste bevindingen zijn in de samenvatting aan het begin van het rapport geresumeerd door elk van de drie onderzoeksvragen kort en bondig te beantwoorden.

2. Instellingsoverstijgende maatschappen door fusies

2.1 Inleiding

Voor zowel specialisten in loondienst als maatschappen van vrijgevestigd medisch specialisten geldt dat regionale samenwerking veelvuldig voor komt. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan onderlinge doorverwijzingen, bijvoorbeeld voor zorgvormen die onder het regime vallen van de Wet op Bijzondere Medische Verrichtingen (Wbmv), en het gezamenlijk gebruik van apparatuur.¹ In dit onderzoek staat echter één specifieke vorm van samenwerking centraal die de laatste jaren een grote vlucht lijkt te hebben genomen, te weten regionale samenwerking die leidt tot een fusie tussen maatschappen met de vorming van een instellingsoverstijgende maatschap als gevolg (zie kader 1).²

Kader 1: Instellingsoverstijgende maatschappen

Dit onderzoek richt zich op de regionalisering van maatschappen als gevolg van fusies die leiden tot instellingsoverstijgende maatschappen van vrijgevestigd medisch specialisten. De medisch specialisten in zo'n gefuseerde maatschap hebben in de regel tegelijkertijd met meerdere instellingen voor medisch specialistische zorg, te weten ziekenhuizen en/of zelfstandige behandelcentra, een individuele toelatingsovereenkomst. Een fusie tussen maatschappen van gefuseerde ziekenhuizen leidt niet tot de vorming van een instellingsoverstijgende maatschap. Vormen van samenwerking tussen (vrijgevestigd) medisch specialisten die niet resulteren in de vorming van een gefuseerde, instellingsoverstijgende regiomaatschap – waaronder samenwerking tussen vakgroepen van specialisten in loondienst – vallen buiten de reikwijdte van het onderzoek en blijven in voorliggend onderzoeksrapport derhalve buiten beschouwing.

2.2 Maatschapfusie

Bij een fusie van twee of meer maatschappen wordt een nieuw gezamenlijk maatschapcontract opgesteld. De precieze inhoud van deze contracten kan per maatschap verschillen, maar in de regel worden in ieder geval onderlinge afspraken gemaakt over (i) ieders winstgerechtigheid tot de nieuwe gefuseerde maatschap, (ii) praktische zaken betreffende diensten, vakanties, pensionering en arbeidsongeschiktheid en (iii) de (vereffening van) goodwill. Ook wordt een nieuw gezamenlijk huishoudelijk reglement opgesteld.³ Hoewel het ziekenhuisbestuur officieel geen toestemming hoeft te geven voor een maatschapfusie, blijkt uit de in het kader van dit onderzoek gevoerde gesprekken dat de raden van bestuur van de betrokken ziekenhuizen in beginsel (vroegtijdig) worden geïnformeerd over de voorgenomen plannen. Dit gebeurt niet in de laatste plaats omdat, wil

¹ Uit onderzoek van KPMG (2012) is gebleken dat, in lijn met de samenwerking tussen ziekenhuizen op het gebied van diagnostiek en behandeling en zorginfrastructuur, ook door specialisten veel wordt samengewerkt. Tweederde van de deelnemende ziekenhuizen aan de betreffende enquête geeft aan dat op maatschapniveau samenwerkingsverbanden bestaan met andere ziekenhuizen.

² Instellingsoverstijgende maatschappen worden ook wel 'regiomaatschappen' genoemd. Deze veelgebruikte term is echter misleidend. De suggestie wordt dan namelijk gewekt dat in een regio alle maatschappen van een bepaald specialisme zijn gefuseerd, terwijl dit niet het geval hoeft te zijn. In dit rapport wordt daarom gesproken over instellingsoverstijgende maatschappen.

³ Een fusie tussen maatschappen is in de praktijk veelal geen sinecure, niet in de laatste plaats omdat soms forse cultuurverschillen moeten worden overwonnen (zie bijvoorbeeld Bremmers, 2012). Maatschapfusies worden doorgaans dan ook begeleid door consultants.

een maatschap de voordelen van een fusie volledig kunnen benutten, het voor de betrokken specialisten van groot belang is dat zij gemakkelijk tussen de verschillende ziekenhuizen kunnen rouleren. Een door de raad van bestuur ondertekende toelatingsovereenkomst is hiervoor veelal noodzakelijk.⁴

2.3 Sterke groei instellingsoverstijgende maatschappen

Fusies tussen maatschappen zijn geen nieuw fenomeen. Op sommige plekken zijn instellingsoverstijgende maatschappen dan ook al geruime tijd gemeengoed (zie bijvoorbeeld Crommentuyn, 2008 en Bedaf, 2009). Tijdens de in het kader van dit onderzoek gevoerde gesprekken is echter ondubbelzinnig duidelijk geworden dat de regionalisering van maatschappen de laatste jaren een grote vlucht heeft genomen.⁵ De resultaten van de vragenlijst die onder de Nederlandse algemene ziekenhuizen is verspreid bevestigen dit beeld. In totaal zijn 82 ziekenhuizen aangeschreven van wie er 81 de vragenlijst volledig hebben ingevuld. Van hen geven 58 ziekenhuizen (72 procent) aan dat zij te maken hebben met instellingsoverstijgende maatschappen. Er blijkt tussen de ziekenhuizen een grote variatie te bestaan: het aantal instellingsoverstijgende maatschappen per ziekenhuis varieert van één tot twaalf (zie tabel 1).

Tabel 1: Wel of geen instellingsoverstijgende maatschappen in ziekenhuis?^a

Aantal instellings- overstijgende maatschappen	Aantal zie- kenhuizen	%	Cum. %
1	13	22%	22%
2	9	16%	38%
3	11	19%	57%
4	7	12%	69%
5	5	9%	78%
6	4	7%	84%
7	3	5%	90%
8	1	2%	91%
9	2	3%	95%
10	1	2%	97%
11	1	2%	98%
12	1	2%	100%
Totaal	58		

a. Op basis van vragenlijst december 2012.

Fusiemaatschappen blijken het meest voor te komen bij urologie: 25 van bovengenoemde 58 ziekenhuizen geven aan dat zij bij dit specialisme momenteel te maken hebben met een

⁴ In de toelatingsovereenkomst is vastgelegd onder welke voorwaarden en regels een vrijgevestigd medisch specialist werkzaam is in het ziekenhuis.

⁵ Zie ook de interessante 'blogberichten' die Pieter Wijnsma, directeur van de Academie voor Medisch Specialisten, op 27 augustus en 16 oktober 2012 op de onafhankelijke medische portal Artsennet heeft geschreven: <http://www.artsennet.nl/ opinie/Gastblogs/Pieter-Wijnsma/Blogbericht-Pieter-Wijnsma/119800/Regionalisering-van-maatschappen.htm> en <http://www.artsennet.nl/ opinie/Gastblogs/Pieter-Wijnsma/Blogbericht-Pieter-Wijnsma/122273/Regiomaatschappen-revisited.htm>.

instellingsoverstijgende maatschap. Ook de specialismen heelkunde, plastische chirurgie, reumatologie, medische microbiologie, neurochirurgie en pathologie worden veelvuldig genoemd door de ziekenhuizen die naar eigen zeggen ervaring hebben met instellingsoverstijgende maatschappen; zie de eerste kolom van tabel 2.

Tabel 2: Instellingsoverstijgende maatschappen^{a, b}

Specialisme	Aantal ziekenhuizen dat aangeeft instellings-overstijgende maatschap te hebben	Aantal instellings-overstijgende maatschappen met andere ziekenhuizen	Aantal instellings-overstijgende maatschappen met zelfstandige behandelcentra	Totaal aantal betrokken ziekenhuizen
Urologie	25	13	0	30
Heelkunde	24	12	0	28
Plastische chirurgie	21	10	1	28
Reumatologie	21	12	0	28
Medische microbiologie	20	8	0	22
Neurochirurgie	18	5	0	27
Pathologie	17	9	1	20
Oogheelkunde	10	5	3	14
Longziekten	9	5	0	13
Nucleaire geneeskunde	8	4	0	10
Keel-neus-oor	7	4	0	8
Obstetrie en gynaecologie	6	4	0	8
Neurologie	5	2	0	4
Radiologie	5	1	2	5
Cardiologie	4	1	0	4
Dermatologie en venerologie	4	2	1	5
Interne geneeskunde	4	1	1	3
Orthopedie	3	2	0	3
Revalidatiegeneeskunde	3	2	1	7
Anesthesiologie	2	0	0	0
Maag-darm-lever	2	1	0	2
Psychiatrie	2	1	0	2
Radiotherapie	1	0	0	0

a. Op basis van vragenlijst december 2012.

b. Zoals in de tekst hieronder wordt toegelicht, dient dit overzicht met de nodige voorzichtigheid te worden gebruikt. Zo blijkt uit de gegeven antwoorden onder andere dat niet alle ziekenhuizen het begrip 'instellingsoverstijgende maatschap' juist hebben geïnterpreteerd. Voor zover mogelijk is hiervoor gecorrigeerd. Bij de specialismen anesthesiologie en radiotherapie heeft deze correctie ertoe geleid dat uiteindelijk geen instellingsoverstijgende maatschappen in de tabel zijn opgenomen.

Voor zover de antwoorden op de vragenlijst dat toestaan, geeft tabel 2 tevens een overzicht van het aantal instellingsoverstijgende maatschappen van vrijgevestigd medisch specialisten per specialisme. In totaal zijn, verdeeld over 21 specialismen, 104 verschillende fusiemaatschappen geïdentificeerd waarvan de betrokken specialisten in meerdere ziekenhuizen een individuele toelatingsovereenkomst hebben. Bovendien zijn 10 andere instellingsoverstijgende maatschappen van ziekenhuizen met zelfstandige behandelcentra gerapporteerd. Nadrukkelijk moet opgemerkt worden dat bovenstaand overzicht met de nodige voorzichtigheid dient te worden gebruikt. Tijdens de analyse van de vragenlijst is namelijk gebleken dat de gegeven antwoorden flink wat complicaties met zich meebrengen.

Zo komt het veelvuldig voor dat ziekenhuis X een instellingsoverstijgende maatschap met ziekenhuis Y rapporteert, terwijl ziekenhuis Y de vraag of sprake is van een fusiemaatschap ontkennend beantwoordt. Dit vormt de verklaring voor het verschil tussen het aantal ziekenhuizen in de eerste en de laatste kolom van tabel 2.⁶ Ook lijkt het erop dat ziekenhuizen het begrip ‘instellingsoverstijgende maatschap’ – ondanks de definitie aan het begin van de vragenlijst – lang niet altijd eenduidig hebben geïnterpreteerd. Zo worden soms instellingsoverstijgende vakgroepen van specialisten in loondienst als fusiemaatschap gekwalificeerd.⁷ Kortom, bovenstaand overzicht geeft een aardige indicatie maar is waarschijnlijk niet volledig en ook niet vrij van fouten.

Van de ziekenhuizen die aangeven minimaal één instellingsoverstijgende maatschap te hebben, rapporteren er 11 sinds 2004 te zijn gefuseerd of momenteel in een lopend fusietraject te zitten. Van deze groep antwoordt ruim de helft dat voorafgaand aan de daadwerkelijke ziekenhuisfusie één of enkele eigen maatschappen al waren gefuseerd met maatschappen van het betreffende fusieziekenhuis.⁸

Voor zover door de ziekenhuizen ingevuld, blijkt dat de meeste instellingsoverstijgende maatschappen sinds 2000 zijn ontstaan. Er wordt echter ook melding gemaakt van maatschappen die reeds in de jaren '70 en '80 zijn gefuseerd. Overigens lijkt het erop dat het aantal instellingsoverstijgende maatschappen de komende jaren verder zal toenemen. Van alle 81 ziekenhuizen die de vragenlijst volledig hebben ingevuld, geeft namelijk meer dan de helft ($n = 44$) aan dat er bij hen op dit moment plannen zijn voor nieuwe maatschapfusies.

2.4 Beweegredenen voor instellingsoverstijgende maatschappen

Op basis van zowel het bureauonderzoek als de gesprekken die met stakeholders hebben plaatsgevonden blijken aan de sterke toename van het aantal gefuseerde, instellingsoverstijgende maatschappen verschillende beweegredenen ten grondslag te liggen die veelal niet los van elkaar kunnen worden gezien. Er kunnen twee overkoepelende hoofdmotieven worden onderscheiden, te weten (i) schaalvoordelen en (ii) strategische overwegingen. Gezien het verkennende karakter van dit onderzoek is het niet mogelijk om uitspraken te doen over de validiteit van de hieronder beschreven beweegredenen. Wel geldt in algemene zin dat maatschapfusies bij bewezen schaalvoordelen welvaartsverhogend kunnen zijn, terwijl de maatschappelijke voordelen van maatschapfusies die primair om strategische overwegingen plaatsvinden veel minder evident zijn.

Schaalvoordelen

Een eerste belangrijke reden voor maatschappen om te fuseren is gelegen in de wens om op die manier te kunnen profiteren van schaalvoordelen. In dit kader is allereerst de

⁶ Er is namelijk voor gekozen om de betreffende instellingsoverstijgende maatschap wel in tabel 2 op te nemen.

⁷ Deze samenwerkingsverbanden zijn niet in tabel 2 opgenomen.

⁸ Het is op basis van de vragenlijst niet mogelijk om uitspraken te doen over het (mogelijke) verband tussen maatschapfusies en ziekenhuisfusies.

subspecialisatie van belang die binnen de medische wetenschap waarneembaar is. De afgelopen decennia heeft de specialistische geneeskunde zich volop ontwikkeld en als gevolg daarvan is binnen vrijwel alle grote specialismen – maar ook binnen steeds meer kleine specialismen – een toenemend aantal subspecialismen ontstaan.⁹ Deze ontwikkeling beperkt zich niet tot de academische ziekenhuizen, maar doet zich vrijwel op alle plaatsen voor (Levi, 2009). Om verschillende subspecialismen mogelijk te maken heeft een maatschap voldoende behandelingen nodig. Naast praktische voordelen (zie kader 2), vergemakkelijkt een fusie tussen maatschappen afspraken over welke specialist wat waar gaat doen. Dergelijke afspraken worden als gevolg van volumenormen steeds belangrijker.¹⁰ Hoewel de positieve relatie tussen volume en kwaliteit niet onomstreden is (zie bijvoorbeeld Zuiderent-Jerak e.a., 2013), wordt in navolging van de volumenormen van de Nederlandse Vereniging van Heelkunde (NVvH, 2011 en 2012) voor een toenemend aantal (zeer) specialistische en complexe behandelingen door de betreffende beroepsverenigingen een volumenorm vastgesteld. Om aan zo'n norm te kunnen voldoen is concentratie van zorg veelal onontkoombaar.¹¹ Zo blijkt uit recente berekeningen van het Integraal Kankercentrum Nederland dat slechts twee ziekenhuizen hun huidige pakket aan kankerzorg volledig behouden als de multidisciplinaire volumenormen van de radiotherapeuten, internist-oncologen en oncologisch chirurgen worden nageleefd (Ho e.a., 2013).¹² Merk op dat maatschapsfusies strikt genomen niet noodzakelijk zijn om een dergelijke concentratie te kunnen realiseren. Regionale samenwerking kan, zoals ook de Commissie Meurs (2012, blz. 26) terecht opmerkt, in beginsel ook op andere lossere manieren vormgegeven worden. Bij zorgaanbieders bestaat echter veel angst voor de (potentiële) spanning die bestaat tussen samenwerkingsovereenkomsten en het kartelverbod (artikel 6 Mw). Afspraken die de onderlinge concurrentie beperken zijn ook in de gezondheidszorg inderdaad niet toegestaan. Dit betekent echter, anders veelal gedacht, niet dat de Mw geen ruimte biedt voor samenwerking. Integendeel, in de Richtsnoeren voor de zorgsector concludeert de NMa (2010, rnr. 233): “De NMa staat in beginsel positief tegenover samenwerking, als ondernemingen daardoor in staat zijn efficiënter te werken, meer te innoveren en betere

⁹ Zie bijvoorbeeld Levi (2009, blz. 1): “Zo zijn er binnen de interne geneeskunde al jaren een stuk of tien aandachtsgebieden, zoals endocrinologie, nefrologie, hematologie of ouderengeneeskunde. Ook binnen de chirurgie is al jaren subspecialisatie aan te wijzen, onder andere op het gebied van vaatchirurgie, traumatologie en oncologische en gastro-intestinale chirurgie. Maar ook kinderhematologen, interventieradiologen, glaucoomspecialisten, longoncologen, elektrocardiologen en fertiliteitsgynaecologen hebben een duidelijke plaats gevonden binnen de huidige geneeskunde.”

¹⁰ Naast het argument dat subspecialisatie de kwaliteit van zorg ten goede komt omdat aan de volumenormen kan worden voldaan, brengen betere mogelijkheden tot subspecialisatie medisch specialisten ook meer ‘professionele voldoening’ omdat men graag zoveel mogelijk binnen het eigen specifieke aandachtsgebied wil werken. Voor maatschappen die te klein zijn om subspecialisatie mogelijk te maken vormt een fusie met één of meer andere relatief kleine maatschappen daarom een mogelijkheid om het werk voor hun specialisten inhoudelijk voldoende interessant te houden.

¹¹ Zoals gezegd, de vraag of deze concentratie van (complexe) zorg naar verwachting inderdaad zorgt voor een hogere kwaliteit valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Het bestaan van volumenormen wordt hier als een gegeven beschouwd.

¹² Deze normen zijn opgesteld door de Stichting Oncologische Samenwerking (SONCOS) en eind vorig jaar door de betrokken beroepsverenigingen – te weten de Nederlandse Vereniging voor Chirurgische Oncologie (NVCO), de Nederlandse Vereniging voor Radiotherapie en Oncologie (NVRO) en de Nederlandse Vereniging voor Medische Oncologie (NVMO) – goedgekeurd (Broersen, 2012).

kwaliteit te leveren.” Tot op heden blijkt dan ook niets van een te strikte handhaving van het kartelverbod in de gezondheidszorg (Varkevisser, Loozen en Schut, 2012b).

Kader 2: Praktische voordelen schaalvergroting

De toegenomen schaalgrootte kan voor gefuseerde maatschappen ook praktische voordelen hebben bij de organisatie van werkschema's en de verdeling van avond-, nacht- en weekenddiensten. De 7x24-uursbeschikbaarheid van een medisch specialist met voldoende deskundigheid en ervaring wordt, onder andere door de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ), gezien als een belangrijke indicator voor de kwaliteit van zorg. De toename van het aantal subspecialisaties maakt het moeilijker om alle diensten in de avond, nacht en weekenden van voldoende medische expertise te voorzien. Om alle vakgebieden met voldoende kwaliteit bezet te krijgen zijn immers steeds meer zogeheten 'superspecialisten' nodig. In reactie op de stijging van de dienstbelasting die dit voor deze specialisten met zich meebrengt en om te voorkomen dat hun collega's tijdens de nachten of vakanties operaties moeten uitvoeren die ze normaal niet doen biedt schaalvergroting een mogelijke oplossing.

Ook investeringen in dure apparatuur en personeel spelen een rol bij de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen. Schaalvergroting door middel van een fusie wordt door maatschappen namelijk soms als noodzakelijk gezien om de minimale patiëntenaantallen te realiseren die vereist zijn om zich, samen met de betrokken ziekenhuizen,¹³ op een bedrijfseconomisch verantwoorde wijze dure investeringen – zoals de tijdens de gesprekken met stakeholders veelgenoemde Da Vinci-robot – te kunnen veroorloven.

Strategische overwegingen

Naast de wens om te kunnen profiteren van schaalvoordelen spelen bij de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen ook strategische overwegingen een rol. Allereerst kunnen maatschappen door te fuseren hun positie tegenover het ziekenhuisbestuur versterken. Een instellingsoverstijgende maatschap zou bijvoorbeeld kunnen proberen om de raden van bestuur van de betrokken ziekenhuizen tegen elkaar uit te spelen ten einde financiële concessies af te dwingen (zie paragraaf 3.2). Daarnaast wordt een instellingsoverstijgende maatschappifusie door de betrokken specialisten soms ook gezien als een manier om het huidige fiscaal ondernemerschap veilig te stellen. Om door de Belastingdienst als ondernemer te worden aangemerkt – en zodoende te kunnen profiteren van de bijbehorende belastingvoordelen – is het cruciaal dat vrijgevestigd medisch specialisten meer dan één opdrachtgever hebben.¹⁴ Momenteel wordt aan deze eis voldaan doordat een specialist zijn honorarium 'via' het ziekenhuis bij de verschillende zorgverzekeraars van zijn patiënten declareert in plaats van 'aan' het betreffende ziekenhuis waar hij werkzaam is. Aan deze constructie komt op 1 januari 2015, na afloop van de huidige transitieperiode, een einde. Het is de bedoeling dat vanaf dat moment ieder ziekenhuis één

¹³ De meeste kosten van investeringen in apparatuur komen namelijk voor rekening van de ziekenhuizen.

¹⁴ Bij de beoordeling of medisch specialisten fiscaal als ondernemer kunnen worden aangemerkt spelen echter ook verschillende andere factoren een rol die in onderlinge samenhang bekeken dienen te worden (Tweede Kamer 2009-2010, 32222, nr. 11),

integrale rekening voor medisch specialistische zorg indient bij de zorgverzekeraars, inclusief het honorarium van de specialisten. De vorming van instellingsoverstijgende maatschappen, waardoor vrijgevestigd medisch specialisten in verschillende ziekenhuizen en/of zelfstandig behandelcentra werkzaam zijn, blijkt derhalve door sommigen van hen mede als vehikel te worden gebruikt om ook in 2015 nog van belastingvoordelen te kunnen profiteren (zie kader 3).¹⁵

Kader 3: Behoud fiscaal ondernemerschap als beweegreden voor maatschappfusie

In het nieuwsbericht 'Haagse urologen willen regiomaatschap', dat 14 december 2012 in *Medisch Contact* verscheen, was een van de betrokken specialisten zeer openhartig. Hij gaf onomwonden toe dat de "krachtenbundeling" mede bedoeld was om "de zelfstandigheid van de specialisten na 2015 te garanderen". Door meerdere ziekenhuizen te gaan bedienen willen deze urologen voorkomen dat zij anders met de invoering van de integrale bekostiging feitelijk "in loondienst" van hun ziekenhuis komen. Ook in het artikel 'Vrijgevestigde specialisten ontluchten ziekenhuis' in *Het Financieele Dagblad* van 15 oktober 2012 wordt in meer algemene zin melding gemaakt van de instellingsoverstijgende maatschap als "ontsnappingsroute" voor vrijgevestigd medisch specialisten die hun huidige belastingvoordelen ook na 2014 willen behouden. Hoewel het dus aannemelijk is dat financiële redenen een rol spelen bij fuserende maatschappen, lijkt een breder gemeenschappelijk doel onmisbaar om "voorspelbare strubbelingen over geld en onderlinge verhoudingen" te overwinnen en de fusie tot een succes te maken (Crommentuyn, 2008). De conclusie van de Commissie Meurs (2012, blz. 5) dat "de figuur van de regiomaatschap vooral wordt gedreven door financiële overwegingen" lijkt derhalve wat al te kort door de bocht. Desalniettemin, om de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen waaraan overwegend dergelijke strategische overwegingen ten grondslag liggen te ontmoedigen verdient het aanbeveling om vrijgevestigd medisch specialisten zo spoedig mogelijk helderheid te verschaffen over hun fiscale positie na de invoering van integrale tarieven in 2015.

¹⁵ Merk op dat als gevolg van deze beweegreden bij ziekenhuizen met fusieplannen ook sprake kan zijn van tegenstrijdige belangen tussen ziekenhuisbesturen en specialisten. Immers, als een instellingsoverstijgende maatschap door de beoogde ziekenhuisfusie één opdrachtgever dreigt over te houden dan lopen de betrokken specialisten het risico fiscaal niet langer als ondernemer te worden aangemerkt. Dit zou voor hen vervolgens een reden kunnen zijn om bij fusieplannen hun hakken in het zand te zetten.

3. Mogelijke gevolgen instellingsoverstijgende maatschappen

3.1 Inleiding

De regionalisering van maatschappen door fusies kan zowel gevolgen hebben voor de interne ‘governance’ (bestuur) van de betrokken ziekenhuizen als de (selectieve) zorginkoop door zorgverzekeraars. Beide aspecten komen in dit hoofdstuk aan bod, waarbij benadrukt moet worden dat de *mogelijke* gevolgen van instellingsoverstijgende maatschappen beschreven worden. De vraag in hoeverre deze theoretische gevolgen, die mede zijn gebaseerd op de gesprekken die met stakeholders zijn gevoerd, zich in de praktijk nu reeds voordoen valt buiten de reikwijdte van dit verkennende onderzoek.

3.2 Interne ‘governance’ ziekenhuis

Na een fusie tussen maatschappen kunnen de belangen van de medisch specialisten en de raad van bestuur van de betrokken ziekenhuizen sterk(er) uiteenlopen. Als gevolg hiervan lopen raden van bestuur vooral ten aanzien van de te maken portfoliokeuzes (welke vormen van zorg worden in welk ziekenhuis geconcentreerd?) het risico dat ze door een instellingsoverstijgende maatschap tegen elkaar worden uitgespeeld, bijvoorbeeld om financiële concessies af te dwingen.¹⁶ Dit risico neemt toe na de invoering van integrale tarieven voor medisch specialistische zorg, zoals voorzien per 1 januari 2015. Vanaf dat moment zal voor elke ‘zorgprestatie’ die ziekenhuizen leveren nog maar één tarief gelden waarin alle kosten zitten, inclusief het honorarium van de specialist. Er komt dan een einde aan de huidige transitiefase met een macrobudget voor de honoraria van vrijgevestigd medisch specialisten dat in de vorm van geoordeelde omzetplafonds door de NZa over de ziekenhuizen wordt verdeeld. Doordat deze begrenzing op ziekenhuisniveau straks wegvalt ontstaat een geheel nieuwe situatie: ziekenhuisbesturen en specialisten krijgen meer ruimte om te onderhandelen over de aard en hoogte van de vergoedingen. Op voorhand kan niet uitgesloten worden dat maatschappifusies de interne onderhandelingspositie van het ziekenhuisbestuur verzwakken en daarmee een bedreiging vormen voor de reële onderhandelingen over de vergoedingen zoals die met ingang van 2015 worden beoogd. Ten aanzien van de vraag in hoeverre raden van bestuur in staat zijn deze dreiging te mitigeren is het goed om een onderscheid te maken tussen de *formele* en de *feitelijke* machtspositie die zij intern hebben.

Formele machtspositie raad van bestuur

Zoals eerder opgemerkt is voor een maatschappifusie geen officiële toestemming vereist van het ziekenhuisbestuur. De raden van bestuur van de betrokken ziekenhuizen kunnen een voorgenomen fusie tussen maatschappen strikt genomen dan ook niet verbieden. Om de voordelen van schaalvergroting optimaal te kunnen benutten is het voor de betrokken

¹⁶ Zolang de tarieven voor vrijgevestigd medisch specialisten gemaximeerd zijn, kan in dit kader bijvoorbeeld worden gedacht aan hogere vergoedingen voor waarnemingen en opleidingsactiviteiten. Ook beïnvloeding van de criteria op basis waarvan het huidige door de NZa vastgestelde omzetplafond per ziekenhuis onder de vrijgevestigd medisch specialisten wordt verdeeld behoort tot de mogelijkheden.

specialisten echter van groot belang dat zij gemakkelijk tussen de verschillende ziekenhuizen kunnen rouleren. Een individuele toelatingsovereenkomst met ieder afzonderlijk ziekenhuis is voor de specialisten van een instellingsoverstijgende maatschap de meest voor de hand liggende manier om dit te realiseren. Aangezien een dergelijke overeenkomst ondertekend dient te worden door het ziekenhuisbestuur, beschikken raden van bestuur over de formele mogelijkheid om een ongewenste instellingsoverstijgende maatschap voor de betrokken specialisten dusdanig onaantrekkelijk te maken dat zij een voorgenomen maatschapsfusie kunnen blokkeren. Immers, wanneer specialisten na een maatschapsfusie niet in verschillende ziekenhuizen kunnen werken is dit voor hen een belangrijke beperking.

Zodra eenmaal sprake is van een door de specialist en het ziekenhuisbestuur ondertekende toelatingsovereenkomst wordt de machtspositie van de raad van bestuur ten opzichte van de instellingsoverstijgende maatschap formeel vastgelegd. Artikel 2 van de huidige Model Toelatingsovereenkomst (MTO)¹⁷ stelt weliswaar dat de instelling – lees: het ziekenhuis – en de medisch specialist het zorgaanbod “onderling afstemmen” (lid 2), maar dat doet niets af aan het feit dat de raad van bestuur gegeven de “eindverantwoordelijkheid van het bestuur voor de afspraken met de zorgverzekeraars het zorgprofiel van het ziekenhuis vaststelt” (lid 3; zie ook kader 4).¹⁸ Met andere woorden, het opnieuw verdelen van zorg over de ziekenhuizen – zoals bij instellingsoverstijgende maatschappen gebruikelijk is – kan eigenlijk alleen plaatsvinden als de raden van bestuur van de betreffende ziekenhuizen instemmen met de verandering in zorgprofielen die hiervan het gevolg is.

Kader 4: Eindverantwoordelijkheid ziekenhuisbestuur voor zorgprofiel

Artikel 2 lid 3 van de Model Toelatingsovereenkomst: “Gegeven de eindverantwoordelijkheid van het bestuur voor de afspraken met de zorgverzekeraars over volume, kwaliteit en prijs van de medisch specialistische zorg stelt het bestuur na overleg met de medische staf en het collectief en met inachtneming van:

- het meerjarige medische beleidsplan en het ziekenhuisbeleidsplan,
- het honorariumplafond,
- en indien aanwezig de collectieve regeling en de verdelings- en productieafspraken als bedoeld in art. 28 lid 3;

het zorgprofiel van het ziekenhuis en de daaruit voortvloeiende behoefte aan medisch specialisten, de doelstellingen betreffende het volume en de kwaliteit en de prijs, en eventuele productieplafonds per specialisme en/of per zorgverzekeraar vast. Deze doelstellingen en de eventuele productieplafonds vormen het productiekader.”

De conclusie van de Commissie Meurs (2012, blz. 26) dat toelatingsovereenkomsten zouden moeten voorzien in de mogelijkheid voor de raad van bestuur van een ziekenhuis om het

¹⁷ De huidige MTO is een in september 2011 door de Orde van Medisch Specialisten (OMS) en NVZ vereniging van ziekenhuizen (NVZ) overeengekomen richtsnoer voor ziekenhuizen en medisch specialisten om tot individuele toelatingsovereenkomsten te komen; zie <http://www.orde.nl/pijlers/beroepsbelangen/vrijberoep/modellen/onderwerpen/model-toelatingsovereenkomst.html>.

¹⁸ Het zorgprofiel van het ziekenhuis is in de MTO als volgt gedefinieerd (blz. 3): “Het zorgaanbod van het ziekenhuis, waarover het op de zorginkoopmarkt met zorgverzekeraars in onderhandeling treedt.”

oprichten van instellingsoverstijgende maatschappen door in de instelling werkzame specialisten tegen te gaan lijkt in het licht van het bovenstaande overbodig. Het bestuur van een instelling kan na een maatschappfusie immers ook nu al niet alleen weigeren om toelatingsovereenkomsten te verlenen aan de nieuwe specialisten, maar bovendien de eigen specialisten op grond van het zogeheten ‘concurrentiebeding’ dat deel uitmaakt van de bestaande toelatingsovereenkomsten verbieden om in een andere concurrerende instelling te gaan werken (zie kader 5).¹⁹ Een belangrijke vervolgvraag is echter in hoeverre raden van bestuur hun formele machtspositie in de praktijk ook daadwerkelijk kunnen aanwenden om (de) ongewenste (gevolgen van) instellingsoverstijgende maatschappen te voorkomen.

Kader 5: Concurrentiebeding

Artikel 27 lid 2 van de Model Toelatingsovereenkomst: “De medisch specialist onthoudt zich behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van het bestuur van directe of indirecte participatie in een zorgaanbod buiten het ziekenhuis dat concurreert met het zorgaanbod van het ziekenhuis.”

Feitelijke machtspositie raad van bestuur

De hierboven beschreven formele machtspositie kan door verschillende factoren worden beïnvloed. Wat betreft de feitelijke machtspositie van het ziekenhuisbestuur heeft de NZa (2010, blz. 26) eerder geconcludeerd dat deze, ondanks de wettelijke bevoegdheden, in de praktijk vaak gering is omdat “de beslissingsbevoegdheid in interne processen veelal bij de medisch specialisten berust.” Daar komt bij dat om voldoende tegenkracht te kunnen bieden aan de veelal goed georganiseerde specialisten een raad van bestuur over voldoende managementvaardigheden en daadkracht moet beschikken. Ook vormt de positie van de medische staf voor de raad van bestuur een factor van belang (zie kader 6).²⁰ De medische staf kan aan het ziekenhuisbestuur namelijk, al dan op eigen initiatief, voorstellen inbrengen en adviezen uitbrengen over, zoals artikel 3 lid 1 van het Document Medische Staf het verwoord, “onderwerpen die hen aangaan”. Hiertoe behoort in ieder geval de toelating en aanstelling van nieuwe medisch specialisten in het ziekenhuis. Ook (voorgenomen) fusies met maatschappen van andere ziekenhuizen worden normaliter in de medisch staf besproken. De uitkomst hiervan kan de formele machtspositie van een raad van bestuur die tegenstander is van een maatschappfusie in beginsel zowel ondermijnen als versterken. In het eerste geval adviseert de medische staf tegen de wens van het ziekenhuisbestuur positief over de betreffende fusie en de daaruit voortvloeiende toelating van nieuwe medisch specialisten. In het tweede geval adviseert de medische staf juist negatief, bijvoorbeeld omdat de voorgenomen concentratie van zorg vervelende gevolgen heeft voor aanverwante

¹⁹ In de praktijk gaan ziekenhuizen hier verschillend mee om. Zo is het niet ongebruikelijk dat besturen, al dan niet onder strikte voorwaarden, instemmen met het onderbrengen van activiteiten in een zelfstandig behandelcentrum.

²⁰ In het Model Document Medische Staf, zoals in juni 2006 opgesteld door de OMS, wordt de medische staf als volgt gedefinieerd: “Het orgaan in het ziekenhuis, waarvan alle op niet incidentele basis door middel van een arbeidsovereenkomst dan wel een toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkzame medisch specialisten dan wel andere op min of meer rechtstreekse wijze bij de medisch-specialistische hulpverlening betrokken beroepsbeoefenaren met universitaire vorming ingevolge de bepalingen van het stafreglement deel uitmaken.”

specialismen.²¹ Tot slot is de feitelijke machtspositie van een ziekenhuisbestuur mede afhankelijk van de mate waarin men in het geval van een hoogoplopend conflict met de eigen specialisten in staat moet worden geacht om, al dan niet tijdelijk, vervangende specialisten aan te trekken. Hiervoor is niet alleen het aantal beschikbare specialisten in algemene zin van belang,²² maar spelen ook aspecten zoals de aantrekkelijkheid van het betreffende ziekenhuis een rol. Bestuurders van grote (topklinische) ziekenhuizen in stedelijke regio's lijken hierbij over een betere uitgangspositie te beschikken dan bestuurders van relatief kleine perifere ziekenhuizen.

Kader 6: Succesvolle pogingen ziekenhuisbesturen om maatschappfusie tegen te houden

Van de 81 ziekenhuizen die de eerder genoemde vragenlijst volledig hebben ingevuld geven drie ziekenhuizen (3 procent) aan dat zij in het verleden wel eens geprobeerd hebben om een fusie tussen maatschappen tegen te houden. Twee ziekenhuizen laten weten hierin succesvol te zijn geweest. Het ene ziekenhuis merkt op dat na kritische bevraging door de raad van bestuur naar de doelstellingen en achtergronden van de fusie het verzoek tot goedkeuring door de betreffende maatschap werd ingetrokken. Het andere ziekenhuis geeft aan een voorgenomen maatschappfusie te hebben tegengehouden door samenwerking tussen de raad van bestuur en het (bestuur van) de medische staf. Het ziekenhuis dat naar eigen zeggen tevergeefs heeft getracht om een voorgenomen fusie tussen maatschappen tegen te houden laat weten: "Ze zijn gewoon doorgegaan."

3.3 Zorginkoop door zorgverzekeraars

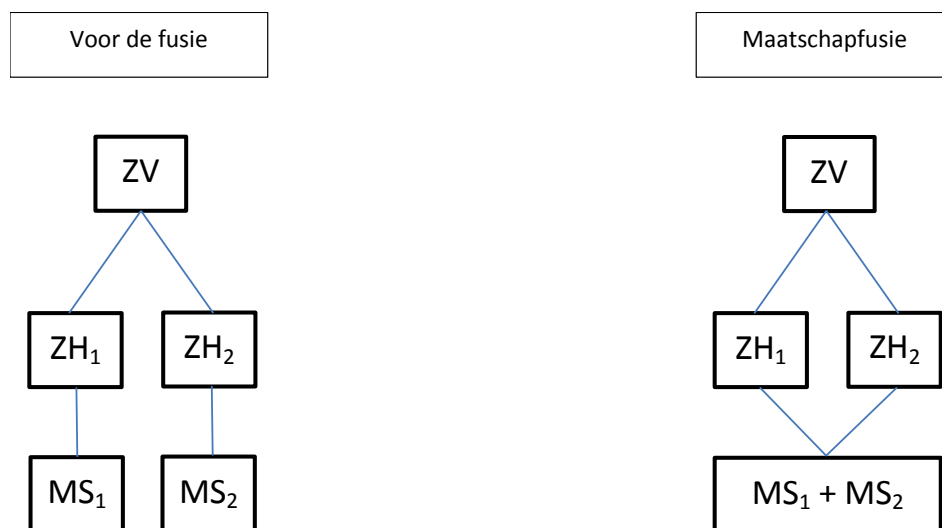
Strikt genomen hebben fusies tussen maatschappen geen *directe* gevolgen voor de zorginkoop door zorgverzekeraars. Immers, zorgverzekeraars onderhandelen met de raad van bestuur van een ziekenhuis over het volume, de kwaliteit en – indien van toepassing – de prijs van medisch specialistische zorg.²³ Vanuit dit perspectief bezien geldt dat het aantal keuzemogelijkheden voor zorgverzekeraars door de regionalisering van maatschappen niet verandert. De *indirecte* gevolgen van een maatschappfusie voor de zorginkoop kunnen echter aanzienlijk zijn. Zorgverzekeraars kunnen aan 'de voorkant' weliswaar nog steeds met verschillende ziekenhuizen onderhandelen maar, zoals figuur 1 illustreert, geldt dat wanneer sprake is van een instellingsoverstijgende maatschap de betreffende zorg aan 'de achterkant' door dezelfde specialisten wordt geleverd. Met andere woorden, het aantal keuzemogelijkheden is op papier weliswaar gelijk gebleven maar in de praktijk afgenomen. Dit kan in het Nederlandse zorgstelsel met gereguleerde concurrentie aanzienlijke negatieve gevolgen hebben. Immers, een belangrijke algemene voorwaarde voor een goed

²¹ Een recent voorbeeld hiervan lijkt te vinden in Noord-Nederland. In reactie op een beoogde fusie van de chirurgen in Emmen, Hoogeveen en Stadskanaal waren er volgens de regionale media met name binnen de medische staf van het Bethesda ziekenhuis in Hoogeveen tegenstanders te vinden van een concentratie van zorg. Deze specialisten vreesden dat alle ingewikkelde zorg en zware operaties voortaan naar Emmen zouden gaan. De beoogde fusieovereenkomst is uiteindelijk toch getekend, naar verluidt omdat de raden van bestuur van de betrokken ziekenhuizen niet nader beschreven "knopen hebben doorgehakt" (zie <http://www.rtvdrenthe.nl/nieuws/specialisten-niet-eens-over-toekomst-ziekenhuizen> en <http://www.dvhn.nl/nieuws/drenthe/article9698491.ece/Chirurgen-Refaja,-Bethesda-en-Scheper-fuseren>).

²² Momenteel lijken jonge cardiologen, chirurgen, radiologen en urologen moeite te hebben met het vinden van een vaste baan in hun vakgebied. Na hun opleiding moeten deze specialisten steeds vaker genoegen nemen met een tijdelijke aanstelling of aan de slag buiten hun vakgebied (Croonen, 2013).

functionerende zorginkoopmarkt – en daarmee voor het zorgstelsel als geheel – is dat zorgverzekeraars uit voldoende concurrerende zorgaanbieders kunnen kiezen die zich op het gebied van prijs en kwaliteit van elkaar proberen te onderscheiden (zie bijvoorbeeld Canoy en Mikkers, 2012). Een maatschappfusie kan tot gevolg hebben dat op bepaalde deelmarkten de concurrentiedruk substantieel vermindert dan wel zelfs volledig wegvalt.

Figuur 1: Keuzemogelijkheden zorgverzekeraar voor en na maatschappfusie*



* ZV = zorgverzekeraar; ZH = ziekenhuis; MS = maatschap

Het aantal keuzemogelijkheden neemt voor zorgverzekeraars met name af wanneer de gefuseerde maatschap, in overleg met de betrokken ziekenhuizen, besluit om bepaalde vormen van zorg te concentreren en dus nog slechts op één plek aan te bieden. Dit is het gebruikelijke scenario. In dat geval is er voor zorgverzekeraars bij de regionale zorginkoop simpelweg minder of wellicht zelfs helemaal niets meer te kiezen en kunnen er serieuze vraagtekens worden geplaatst bij hun mogelijkheden om ziekenhuizen indien nodig te disciplineren wat betreft prijs en kwaliteit.²⁴ Overigens is door één van de gesprekspartners naar voren gebracht dat een maatschappfusie er juist ook voor kan zorgen dat in een regio voor zorgverzekeraars enige keuze bij de zorginkoop behouden blijft. Dit is het geval wanneer zonder de vorming van een instellingsoverstijgende maatschap individuele maatschappen er niet in slagen om aan de opgestelde volumennormen te voldoen (zie kader 7 voor een fictief voorbeeld). In hoeverre deze situatie zich in de praktijk voordoet is onbekend.

²³ Wel kan een vertegenwoordiging van de vrijgevestigd medisch specialisten deel uitmaken van de onderhandelingsdelegatie van het ziekenhuis. De eindverantwoordelijkheid voor de afspraken die uiteindelijk met zorgverzekeraars worden gemaakt berust, zoals ook vastgelegd in de MTO, echter onverkort bij het ziekenhuisbestuur.

²⁴ Dit is ook het geval wanneer een maatschappfusie wordt gevolgd door een ziekenhuisfusie, maar op dergelijke fusies is het reguliere concentratietoezicht van de NMa van toepassing. Om te voorkomen dat (selectieve) zorgin-

koop door zorgverzekeraars een illusie wordt is een strenge toetsing van voorgenomen ziekenhuisfusies daarom cruciaal (Varkevisser, Loozen en Schut, 2012a).

Kader 7: Voorbeeld behoud keuzemogelijkheden zorginkoop door maatschappfusie

Stel dat in een regio vier ziekenhuizen gevestigd zijn, te weten één universitair medisch centrum en drie algemene ziekenhuizen. De drie algemene ziekenhuizen zijn ieder voor zich niet in staat te voldoen aan de volumenormen zoals die voor een toenemend aantal (complexe) ingrepen en behandelingen zijn opgesteld. Door de afzonderlijke maatschappen via een fusie samen te voegen wordt de schaalgrootte gerealiseerd die nodig is om te voorkomen dat zorgverzekeraars de betreffende vormen van zorg in deze regio voortaan enkel nog maar bij het universitaire medisch centrum kunnen inkopen.

Hoe dan ook, het valt niet te ontkennen dat de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen in beginsel een reële bedreiging vormt voor de selectieve zorginkoop door zorgverzekeraars. (Merk op, zowel in het Bestuurlijk hoofdlijnenakkoord 2012-2015 als het regeerakkoord van het huidige kabinet wordt aan selectieve zorginkoop juist veel waarde toegekend; zie kader 8). Fusies van maatschappen brengen het risico met zich mee dat zorgverzekeraars bij de herinrichting van het ziekenhuislandschap, anders dan verwacht mag worden op grond van de regierol die hen in het Nederlandse zorgstelsel met gereguleerde concurrentie is toebedeeld, niet leidend zijn maar ‘slechts’ volgend. Aangezien dit tot mededingingsproblemen zou kunnen leiden, bijvoorbeeld in de vorm van hogere prijzen, is het goed om na te gaan wat de mededingingsrechtelijke positie van instellingsoverstijgende maatschappen is.

Kader 8: Bevorderen selectieve zorginkoop door zorgverzekeraars

Met het bevorderen van selectieve zorginkoop door zorgverzekeraars lijken potentieel tegenstrijdige doelen te worden nagestreefd. Zoals onderstaande citaten laten zien wordt selectieve inkoop enerzijds namelijk gezien als een instrument om de concurrentie tussen ziekenhuizen te bevorderen (citaat 1) en anderzijds als instrument om schaalvoordelen beter te kunnen benutten (citaat 2):

1. Bestuurlijk hoofdlijnenakkoord 2012-2015 (blz. 4): *“Zorgverzekeraars zullen de selectieve inkoop van zorg sterk uitbreiden, te beginnen bij de zorginkoop voor 2012: contracteren op basis van prijs, kwaliteit, doelmatigheid en gepast gebruik; terugdringen van ongewenste praktijkvariatie.”*
2. Regeerakkoord VVD – PvdA (blz. 20): *“Concentratie van voorzieningen zorgt vaak voor een hogere kwaliteit tegen lagere kosten. Verzekeraars zijn er verantwoordelijk voor dat dit doel bereikt wordt, door selectiever te contracteren op basis van heldere kwaliteitscriteria.”*

4. Mededingingsrechtelijke positie van instellingsoverstijgende maatschappen

4.1 Inleiding

Aangaande de mededingingsrechtelijke positie van instellingsoverstijgende maatschappen zijn in dit onderzoek door de NZa de volgende twee vragen gesteld:

1. Kunnen instellingsoverstijgende maatschappen worden aangesproken op grond van artikel 48 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) wanneer de vorming daarvan tot mededingingsproblemen leidt?
2. Kunnen ziekenhuisbesturen worden aangesproken voor mogelijke mededingingsproblemen veroorzaakt door de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen?

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de toepasselijkheid van het AMM-instrument op instellingsoverstijgende maatschappen. Daarna wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van ziekenhuisbesturen voor mededingingsproblemen die ontstaan door de vorming van instellingsoverstijgende maatschappen. Mede gelet op de vraagstelling en het verkennend karakter van het onderzoek wordt alleen aandacht besteed aan maatschapfusies die niet worden gevolgd door ziekenhuisfusies. Maatschapfusies die wel in ziekenhuisfusies resulteren vallen in beginsel onder het concentratietoezicht zoals neergelegd in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet (Mw).

4.2 Instellingsoverstijgende maatschappen en artikel 48 Wmg

Artikel 48 Wmg regelt de bevoegdheid van de NZa om in die gevallen waarin “een of meer zorgaanbieders [...] alleen dan wel gezamenlijk beschikt onderscheidenlijk beschikken over aanmerkelijke marktmacht” betrokken partijen nader gedefinieerde verplichtingen op te leggen om zo de concurrentie op de betrokken zorgmarkt te bevorderen. Artikel 47 Wmg definieert het begrip AMM op een wijze die aansluit bij het begrip economische machtspositie (EMP) neergelegd in artikel 24(1) jº 1 Mw. Artikel 48 Wmg is in beginsel in twee situaties van toepassing: in geval van eenzijdige dan wel collectieve AMM. Eenzijdige AMM doet zich voor wanneer één zorgaanbieder over AMM beschikt. Collectieve AMM doet zich voor wanneer twee of meer zorgaanbieders gezamenlijk over AMM beschikken. Hierna wordt eerst nagegaan of instellingsoverstijgende maatschappen kunnen worden aangesproken op grond van eenzijdige AMM. Daarna wordt nagegaan of instellingsoverstijgende maatschappen kunnen worden aangesproken op grond van collectieve AMM.

Instellingsoverstijgende maatschap en eenzijdige AMM

Instellingsoverstijgende maatschappen kunnen alleen op grond van eenzijdige AMM worden aangesproken wanneer de maatschap als normadressaat onder de Wmg valt aan te merken. Oftewel, wanneer de NZa de maatschap als zodanig kan aanspreken krachtens de Wmg.

Maatschap: normadressaat Wmg?

Artikel 48 Wmg haakt aan bij de begrippen “zorgaanbieder(s)” en “ziektekostenverzekeraar(s).” Het begrip ‘zorgaanbieder’ is in artikel 1(c) sub 1° gedefinieerd als “de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroepsmatig- of bedrijfsmatig zorg verleent”.²⁵ Omdat een maatschap onder de huidige wetgeving²⁶ natuurlijke persoon noch rechtspersoon is, volgt hieruit dat de maatschap in beginsel niet als normadressaat van de Wmg kan worden aangemerkt. De vraag werpt zich dan op of een functionele invulling van het begrip ‘zorgaanbieder’ mogelijk tot een andere conclusie zou kunnen leiden. In dit verband wordt ook nagegaan of een maatschap als ‘zorgaanbieder’ moeten worden aangemerkt wanneer sprake is van een ‘onderneming’ zoals bedoeld in de Mw. Beide mogelijkheden worden hierna onderzocht.

Een functionele invulling van het begrip ‘zorgaanbieder’ kan worden vergeleken met de mededingingsrechtelijke invulling van het begrip ‘onderneming’. Van een ‘onderneming in mededingingsrechtelijke zin’ is immers niet alleen sprake wanneer een entiteit volgens het vennootschapsrecht als zodanig moet worden aangemerkt, maar in al die gevallen waarin sprake is van het verrichten van een economische activiteit (zaak C-41/90 *Höfner*, Jur. 1991, I-1979, punt 21). Soortgelijk zou een functionele invulling van het begrip ‘zorgaanbieder’ meebrengen dat een instellingsoverstijgende maatschap als zorgaanbieder onder de Wmg kan worden aangemerkt.

De analogie met het mededingingsrecht loopt echter mank. Een functionele benadering vereist immers om te beginnen dat de maatschap het aanbieden van zorg van de betrokken specialisten overneemt. Dat is niet het geval. Ongeacht het aangaan van een maatschapsovereenkomst, wordt de zorg in kwestie onverminderd door de betrokken specialisten aangeboden. Artikel 1(2) van de Model maatschapsovereenkomst bepaalt immers dat “[p]artijen bij deze praktijkuitoefening in maatschapsverband zelfstandig en onder volledig behoud van ieders persoonlijke verantwoordelijkheid voor het medisch werk onder eigen naam naar buiten optreden [...]”

Evenmin geldt dat een maatschap (van zorgaanbieders) die als ‘onderneming’ kan worden aangemerkt in de zin van de Mw, daarmee zelf tot ‘zorgaanbieder’ wordt. Artikel 1(c) sub 1° Wmg sluit een dergelijke argumentatie immers uit: omdat een maatschap als natuurlijk noch als rechtspersoon kwalificeert, kan een maatschap per definitie niet als zorgaanbieder worden aangemerkt. Anders dan verondersteld is dit niet erg. Een limitatieve interpretatie van artikel 1(c) sub 1° Wmg leidt namelijk niet tot een hiaat in het toezichtsinstrumentarium

²⁵ Artikel 1(c) sub 2° voegt hieraan toe “de natuurlijke persoon of rechtspersoon voor zover deze tarieven in rekening brengt namens, ten behoeve van of in verband met het verlenen van zorg door een zorgaanbieder als bedoeld onder 1°.” Aldus worden bijvoorbeeld factormaatschappijen onder het toepassingsbereik van de Wmg gebracht.

²⁶ In de praktijk zijn er twee soorten maatschappen: stille en openbare maatschappen. Van een openbare maatschap is sprake wanneer de maten onder een gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelnemen. Volgens een recent wetsvoorstel zouden openbare maatschappen mogelijk rechtspersoonlijkheid toebedeeld krijgen. Dit wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken (Tweede Kamer 2011-2012, 28746 en 31065, nr. 7).

van de NZa. Immers, ook al vormt een maatschap zelf geen rechtspersoon, tegelijkertijd blijven de betrokken specialisten als natuurlijke personen onverminderd aansprakelijk voor de zorgactiviteiten die zij verrichten in het kader van een instellingsoverstijgende maatschap. Overigens geldt ook dat niet elke maatschap zonder meer als ‘onderneming’ kan worden aangemerkt (zie kader 9).

Kader 9: Maatschap als ‘onderneming’

In de Richtsnoeren voor de zorgsector stelt de NMa (2010, rnr. 241) ten aanzien van de maatschap als onderneming het volgende: “De maatschap en de maten vormen één onderneming wanneer de maten ieder voor zich geen commerciële vrijheid meer hebben en zelfstandig geen commerciële besluiten meer kunnen nemen. Gekeken moet worden naar de invloed van de maatschap op de beslissingen die van essentieel belang zijn voor het strategische commerciële gedrag van de ‘maat’. Om te kunnen spreken van één onderneming is het niet voldoende dat de maten hun beslissingsvrijheid op slechts een enkel terrein overdragen aan de maatschap en voor het overige alle commerciële vrijheid behouden.” Deze overwegingen geven echter niet het gehele plaatje weer. Onverminderd het voorgaande kwalificeert een maatschap pas als ‘onderneming’ in de zin van de Mw wanneer het samenwerkingsverband in een *zelfstandige* economische eenheid resulteert (vgl. zaak 22/71 *Béguelin*, pt. 8). Een economische eenheid doet zich voor in geval van een “unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en ertoe kan bijdragen dat een [in de mededingingsregels] bedoelde inbreuk wordt gepleegd” (zaak T-9/99 *HFB*, punt 54; zaak T-112/05 *Akzo*, punt 57). Volgens het Europese Hof van Justitie verrichten vrijgevestigde specialisten economische activiteiten zodat zij als ‘onderneming’ moeten worden aangemerkt (gev. zaken C-180/98 tot en met C-184/98 *Pavlov*). Tegelijkertijd geldt echter dat zij op de zorginkoopmarkt niet zelfstandig functioneren vis-à-vis de zorgverzekeraars, maar onderdeel uitmaken van de economische eenheid van het betrokken ziekenhuis; vgl. de recente NMa-besluiten van 2 november 2012 in zaak 7295 *TweeStedenziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*, rnr. 46-48; en, zaak 7332 *Spaarne Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis*, rnr. 45-47. Een (instellingsoverstijgende) maatschapsovereenkomst doet daar niet aan af. De betrokken specialisten leveren onderling weliswaar commerciële vrijheid in, maar er wordt geen zelfstandige economische eenheid gecreeërd (vgl. de uitleg van het begrip ‘volwaardigheid’ in de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb.2008, C95, punt 91 e.v.). Dienovereenkomstig zal een instellingsoverstijgende maatschap in de regel dan ook geen (nieuwe) ‘onderneming’ vormen. Hieruit volgt ook dat bij de totstandkoming van een instellingsoverstijgende maatschap – die niet wordt gevolgd door een fusie van de betrokken ziekenhuizen – het concentratietoezicht van de Mw geen rol speelt. Niet omdat, zoals veelal wordt verondersteld, de daarvoor geldende omzetcategorieën niet zouden worden gehaald maar eenvoudigweg omdat een dergelijke fusie niet tot een concentratie in de zin van artikel 27 Mw leidt.

Conclusie

Uit het bovenstaande volgt dat instellingsoverstijgende maatschappen niet kunnen worden aangesproken op grond van eenzijdige AMM. Dit laatste vereist immers dat AMM wordt gehouden door één zorgaanbieder. En omdat een maatschap niet als natuurlijke persoon noch als rechtspersoon in de zin van artikel 1(c) sub 1° Wmg kan worden aangemerkt, kan daar in geval van een maatschap geen sprake van zijn.

Instellingsoverstijgende maatschap en collectieve AMM

Vervolgens is de vraag of een instellingsoverstijgende maatschap op grond van collectieve AMM kan worden aangesproken. Dat wil zeggen, vanwege door de betrokken specialisten gezamenlijk gehouden AMM. Volgens de Europese rechtspraak kan een collectieve EMP – en daarmee collectieve AMM – worden ingenomen door “twee of meer entiteiten, die juridisch onafhankelijk van elkaar zijn, mits zij, economisch gezien, gezamenlijk optreden of gezamenlijk handelen op een specifieke markt, als een collectieve eenheid” (gev. zaken C-395/96 P en C-396 P *Compagnie maritime belge (CMB)*, punt 36).

Collectieve eenheid

In het geval zorgaanbieders zich door een maatschapsovereenkomst presenteren als zelfstandige economische eenheid op de betrokken zorgmarkt is “gezamenlijk handelen als een collectieve eenheid” op die markt gegeven. In dat geval kan een maatschap in het kader van de Wmg weliswaar niet op grond van eenzijdige AMM worden aangesproken (zie hiervoor), maar zou een dergelijke maatschapsovereenkomst wel kunnen leiden tot collectieve AMM tussen de betrokken zorgaanbieders waar de *individuele* zorgaanbieders gezamenlijk op kunnen worden aangesproken.²⁷ Het is echter nog maar de vraag of vrijgevestigd medisch specialisten, wanneer zij in een instellingsoverstijgende maatschap gaan samenwerken, daarop kunnen worden aangesproken op grond van collectieve AMM. Volgens de hiervoor aangehaalde uitspraak van het Europese Hof van Justitie in *CMB* is de aanwezigheid van een onafhankelijke economische eenheid weliswaar geen vereiste (punt 35), maar is de enkele omstandigheid dat twee of meer ondernemingen met elkaar verbonden zijn door een overeenkomst evenmin voldoende grondslag voor de vaststelling van een collectieve EMP (punt 43). Waar het om gaat is dat de betrokken ondernemingen “een collectieve eenheid vormen ten opzichte van hun concurrenten, hun handelspartners en de consumenten” (punt 39). In *CMB* was daarvan sprake omdat een ‘lijnvaartconference’ gedefinieerd wordt als “een groep van twee of meer vervoerders die schepen exploiteren, die internationale lijndiensten onderhoudt voor het vervoer van lading op een bepaalde route of routes binnen omschreven geografische grenzen en die een overeenkomst of regeling, van welke aard ook, heeft getroffen binnen het kader waarvan zij opereren op basis van eenvormige of gemeenschappelijke vervoerstarieven en enigerlei andere overeengekomen voorwaarden met betrekking tot het aanbieden van lijndiensten”.

Bij een typische instellingsoverstijgende maatschap lijkt zulks niet het geval. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, leveren de betrokken specialisten in een instellingsoverstijgende maatschap onderling weliswaar vrijheid in, maar hebben zij geen zelfstandige toegang tot de zorginkoopmarkt. Daar worden immers contracten gesloten tussen het ziekenhuis en de zorgverzekeraars; vgl. de recente NMa-besluiten van 2 november 2012 in zaak 7295 *TweeStedenziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*, rnr. 46-48; zaak 7332 *Spaarne*

²⁷ Let wel, artikel 1 (c) sub 1° Wmg brengt mee dat ingeval AMM door de betrokken zorgaanbieders gezamenlijk wordt gehouden, mogelijke AMM-verplichtingen aan de individuele zorgaanbieders zullen moeten worden opgelegd.

Ziekenhuis – Kennemer Gasthuis, rnr. 45-47. Anders dan in een lijnvaartconference waarin de vervoerders gezamenlijk de tarieven bepalen en het aanbod van scheepsruimte en te vervoeren tonnages regelen, onderhandelen de specialisten op de zorginkoopmarkt niet rechtstreeks met de zorgverzekeraars. Krachtens artikel 2 van de MTO zijn de instelling en medisch specialist gezamenlijk verantwoordelijk voor een in alle opzichten concurrerend zorgaanbod (lid 1), stemmen zij onderling het zorgaanbod af, waaronder de soorten, aantallen en kwaliteit van te leveren zorgprestaties (lid 2), maar stelt het bestuur, gegeven zijn eindverantwoordelijkheid voor de afspraken met de zorgverzekeraars over volume, kwaliteit en prijs van de medisch specialistische zorg, het zorgprofiel van het ziekenhuis vast en de daaruit voortvloeiende behoefte aan medische specialisten, de doelstellingen betreffende het volume en de kwaliteit en de prijs, en eventuele productieplafonds per specialisme en/of per zorgverzekeraar (lid 3). Mede gelet op het feit dat de maatschapsovereenkomst voortvloeit uit de toelatingsovereenkomst en de toelatingsovereenkomst in geval van strijdigheid tussen beide prevaleert (artikel 6(2) MTO), lijkt aldus niet te kunnen worden geconcludeerd dat de in een instellingsoverstijgende maatschap betrokken specialisten gezamenlijk als een collectieve eenheid kunnen handelen op de zorginkoopmarkt.

Conclusie

Op grond van het bovenstaande moet worden betwijfeld of instellingsoverstijgende maatschappen zelf via het AMM-instrument kunnen worden aangesproken. Mededingingsrechtelijk relevante uitbuitings- en uitsluitingsproblemen vis-à-vis ziekenhuisbesturen zullen zich echter ook niet voordoen omdat, zoals hiervoor weergegeven, een instellingsoverstijgende maatschap geen zelfstandige economische eenheid vormt en de specialisten onderdeel uitmaken van de economische eenheid van het ziekenhuis. De facto leidt de vorming van een instellingsoverstijgende maatschap niet tot een wezenlijk verschil in de relatie tussen specialist en ziekenhuis. Om de voordelen van een instellingsoverstijgende maatschap optimaal te kunnen benutten zijn namelijk nieuw af te sluiten toelatingsovereenkomsten vereist (zie paragraaf 3.2) en daarbij is het ziekenhuisbestuur, in ieder geval formeel gezien, zelf aan zet. Daarenboven hebben specialisten op grond van artikel 27(2) van de MTO schriftelijke toestemming van de raad van bestuur nodig om een toelatingsovereenkomst bij een ander concurrerend ziekenhuis te tekenen. Van een 'slachtofferrol' van het ziekenhuisbestuur kan derhalve geen sprake zijn.

4.3 Ziekenhuisbesturen: artikel 6 Mw en artikel 48 Wmg

Het bovenstaande betekent niet dat ten aanzien van de regionalisering van maatschappen sprake moet zijn van tandoos mededingingstoezicht. Mogelijke mededingingsproblemen kunnen wel degelijk worden aangepakt. De vorming van instellingsoverstijgende maatschappen brengt het risico met zich mee dat zorgverzekeraars worden beperkt in hun mogelijkheden tot selectieve inkoop. Het gebruikelijke scenario is immers dat bepaalde vormen van zorg worden geconcentreerd en dus nog slechts op één plek worden aangeboden (zie hoofdstuk 3). Ook als dit gebeurt op instigatie van de specialisten is in dat

geval feitelijk sprake van horizontale coördinatie tussen twee of meer ziekenhuizen, die in voorkomend geval hierop door de NMa kunnen worden aangesproken krachtens artikel 6 Mw (zie ook kader 10).²⁸

Kader 10: Ziekenhuisbesturen en het kartelverbod

De vraag kan worden gesteld of ziekenhuisbesturen in voorkomend geval hebben deelgenomen aan een inbreuk op artikel 6 Mw of 'slechts' aansprakelijk kunnen worden gehouden voor inbreukmakend gedrag van de betrokken specialisten. Dat laatste lijkt hoe dan ook het geval te zijn. Voorafgaand aan een maatschappijfusie vallen de specialisten immers over en weer binnen de economische eenheid van een van de betrokken ziekenhuizen en de ziekenhuisbesturen kunnen invloed uitoefenen op het gedrag van de specialisten via de toelatingsovereenkomst. Soortgelijk als de mededingingsrechtelijke relatie tussen moeder- en dochterondernemingen (vgl. zaak C-286/98 P *Stora* en zaak C-97/08 P *Akzo Nobel*) is sprake van een zeggenschapsrelatie en zal tevens sprake zijn van daadwerkelijk bewijs van het achterwege laten van (mededingingsrechtelijk gezien) positieve invloeduitoefening wanneer specialisten toestemming verkrijgen om een toelatingsovereenkomst met een ander ziekenhuis te sluiten en/of een toelatingsovereenkomst wordt aangegaan met de specialisten van een ander ziekenhuis. Daarenboven zou echter kunnen worden gesteld dat de ziekenhuizen zelf betrokken zijn bij de inbreuk. Aanwijzing hiervoor is het feit dat de maatschapsovereenkomst geen noemenswaardige gevolgen voor de mededinging heeft zolang zij niet gevolgd wordt door toelatingsovereenkomsten. Mede gelet op het feit dat de ziekenhuisbesturen de eindverantwoordelijkheid dragen voor het zorgprofiel van een ziekenhuis en de afspraken met zorgverzekeraars over volume, kwaliteit en prijs, brengt dit in beginsel mee dat sprake is van inbreukmakend gedrag door de ziekenhuizen.

Daarnaast geldt dat wanneer, al dan niet na een maatschappijfusie, het zorgaanbod van twee of meer betrokken ziekenhuizen wordt afgestemd dit ertoe kan leiden dat een ziekenhuis een *eenzijdige* AMM-positie verkrijgt op een specifieke deelmarkt voor medisch specialistische zorg.²⁹ Bijvoorbeeld omdat bepaalde zorgvormen door een instellingsoverstijgende maatschap nog slechts op één plek worden aangeboden. In voorkomend geval kan een ziekenhuis dan op grond van artikel 48 Wmg door de NZa worden aangepakt (zie ook kader 11).³⁰

²⁸ Het ligt niet voor de hand om ziekenhuisbesturen voor het toelaten van instellingsoverstijgende maatschappen aan te spreken op grond van artikel 48 Wmg. Deze bepaling ziet immers toe op het voorkomen dan wel corrigeren van *misbruik* van AMM, niet op het voorkomen dan wel corrigeren van het *ontstaan* van AMM.

²⁹ Denkbaar is ook dat een maatschappijfusie die tot structurele banden leidt tussen de betrokken ziekenhuizen aldus aanleiding geeft tot een collectieve AMM-positie wat betreft de basisverrichtingen die beide ziekenhuizen blijven verrichten. Gesteld dat verzekeraars zich vervolgens geconfronteerd zien met een al te hoge prijsstelling door beide ziekenhuizen zou zulks mogelijk op grond van artikel 48 Wmg kunnen worden aangepakt.

³⁰ Merk voor alle duidelijkheid op dat een ziekenhuis, in tegenstelling tot een maatschap, wel een 'zorgaanbieder' in de zin van de Wmg vormt.

Kader 11: Ziekenhuisbesturen en eenzijdige AMM

Op grond van artikel 48 Wmg kan de NZa bij een ziekenhuis met een AMM-positie overgaan tot het opleggen van verplichtingen. Zo is het denkbaar dat wanneer (het risico bestaat dat) een ziekenhuis, al dan niet op instigatie van een instellingsoverstijgende maatschap, in de contractonderhandelingen met zorgverzekeraars onredelijke prijsstijgingen weet af te dwingen aan het betreffende ziekenhuis de verplichting wordt opgelegd om bij het vaststellen van de tarieven gebruik te maken van een door de zorgautoriteit te bepalen berekeningsmethode. Ook is het denkbaar dat wanneer (het risico bestaat dat) een ziekenhuis, al dan niet op instigatie van een instellingsoverstijgende maatschap, weigert om onder redelijke voorwaarden een contract aan te gaan met een bepaalde zorgverzekeraar aan het betreffende ziekenhuis de verplichting wordt opgelegd om op de zorginkoopmarkt wel een overeenkomst te sluiten.³¹

4.4 Samenvattend

Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat artikel 48 Wmg niet geschikt lijkt om de regionalisering van maatschappen van vrijgevestigd medisch specialisten tegen te gaan. Maatschappen kunnen niet worden aangesproken op grond van eenzijdige AMM. Het bestaan van eenzijdige AMM vereist immers dat AMM wordt gehouden door één zorgaanbieder. In geval van een maatschap kan daarvan geen sprake zijn omdat het zijn van zorgaanbieder krachtens artikel 1(c) sub 1° Wmg beperkt is tot natuurlijke en rechtspersonen. Een maatschap is geen van beide. Net zo min kan de regionalisering van maatschappen worden tegengegaan op grond van collectieve AMM. Uit de rechtspraak lijkt immers te kunnen worden afgeleid dat het bestaan daarvan vereist dat de in een instellingsoverstijgende maatschap betrokken specialisten als een collectieve eenheid kunnen handelen op de betrokken zorgmarkt. Gelet op het feit dat de regionalisering van maatschappen met name een beperking van de mogelijkheden van zorgverzekeraars tot selectieve inkoop zou kunnen meebrengen, is daarvan geen sprake. De zorgverzekeraars onderhandelen namelijk niet met de specialisten wanneer zij zorg inkopen, maar met de ziekenhuisbesturen. Mede gelet op deze feitelijke constructie lijkt optreden tegen de ziekenhuisbesturen meer voor de hand te liggen, maar dan wel op grond van artikel 6 Mw. Ook wanneer een maatschapsfusie gebeurt op instigatie van de specialisten, geldt dat de daaruit voortvloeiende beperking van het zorgaanbod het gevolg is van horizontale coördinatie van marktgedrag tussen ziekenhuizen. Dienovereenkomstig kan een ziekenhuisbestuur aansprakelijk worden gehouden voor het gedrag van zijn specialisten. Sterker nog, gelet op het feit dat ziekenhuisbesturen via het (non-)concurrentiebeding en de toelatingsovereenkomst bepalend zijn voor de mededingingsgevolgen van een instellingsoverstijgende maatschap, zou kunnen worden gesteld dat de ziekenhuizen hebben deelgenomen aan het inbreukmakend gedrag. Daarnaast geldt dat wanneer een ziekenhuis, een *eenzijdige* AMM-positie verkrijgt, doordat bepaalde zorgvormen door een instellingsoverstijgende maatschap nog slechts op één plek worden aangeboden, de NZa op grond van artikel 48 Wmg in voorkomend geval specifieke verplichtingen kan opleggen.

³¹ Het besluit van de NZa (2011) om een apotheker de verplichting op te leggen om onder redelijke voorwaarden contracten te sluiten met zorgverzekeraars vormt hiervan een praktijkvoorbeeld. In de bodemprocedure die naar aanleiding van dit besluit door de betreffende apotheker wordt gestart, geeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB, LJN BW7731, 7 juni 2011) de zorgautoriteit uiteindelijk op alle punten gelijk.

Referenties

- Bedaf, M. (2009), 'Kwaliteit leidend bij vorming regiomaatschap', *MedNet*, 5: 43-44
- Bremmers, S. (2012), 'Fusie tussen maatschappen legt cultuurverschillen bloot', *MedNet*, 7: 12-14
- Broersen, S. (2012), 'Kankerdeskundigen stellen normen op', *Medisch Contact*, 67(50): 50-53
- Canoy, M. en M. Mikkers (2012), 'Zorginkoop: de lakmoesproef voor het nieuwe stelsel', in F.T. Schut en M. Varkevisser (red.), *Een economisch gezonde gezondheidszorg*, Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, Sdu Uitgevers, blz. 153-178
- Capaciteitsorgaan (2010), *Capaciteitsplan 2010 - deelrapport 1: medisch en klinisch technologische specialisten*, Utrecht
- Commissie Meurs (2012), *Gezond belonen: beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten*, eindrapport van de Commissie inkomens medisch specialisten
- Crommentuyn, R. (2008), 'Samen sterker', *Medisch Contact*, 63(39): 1585-1587
- Croonen, H. (2013), 'Iets minder vacatures', *Medisch Contact*, 68(3): 122-123
- Ho, V., A. de Raaf, K. van der Hoeven en M. Jansen-Landheer (2013), 'Bijna elk ziekenhuis levert kankerzorg in', *Medisch Contact*, 68(1): 34-37
- KPMG (2012), *Wie doet het met wie in de zorg?*, Amstelveen
- Levi, M. (2009), 'De generalist in de moderne specialistische geneeskunde', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 153(B47): 1-2
- NMa (2010), *Richtsnoeren voor de zorgsector*, Den Haag
- NVvH (2011), *Normering chirurgische behandelingen: versie 2.0*, Nederlandse Vereniging voor Heelkunde, Utrecht
- NVvH (2012), *Normering chirurgische behandelingen 3.0*, Nederlandse Vereniging voor Heelkunde, Utrecht
- NZa (2010), *Visiedocument marktimperfecties in de medisch specialistische zorg*, Nederlandse Zorgautoriteit, Utrecht
- NZa (2011), *Besluit Menzis – Apotheek Van Dalen*, kenmerk 11D0005151, Nederlandse Zorgautoriteit, Utrecht
- Varkevisser, M., E.M.H. Loozen en F.T. Schut (2012a), 'Falend toezicht op ziekenhuisfusies brengt zorgstelsel in gevaar', *Me Judice*, 3 december 2012
- Varkevisser, M., E.M.H. Loozen en F.T. Schut (2012b), 'Zet het kartelverbod niet buitenspel in de zorg', *Economisch Statistische Berichten*, 4649 & 4650: 765
- Zuiderent-Jerak, T., T. Kool en J. Rademakers (2013), 'De concentratiehype voorbij', *Medisch Contact*, 68(1): 38-40

Bijlage A Vragenlijst ziekenhuizen

Vragenlijst regionalisering van maatschappen

Geachte heer/mevrouw,

Onlangs heeft u een brief ontvangen van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) waarin u wordt gevraagd om een vragenlijst in te vullen over regionale maatschappen.

De laatste tijd verschijnen regelmatig berichten in de media over fusies tussen maatschappen van medisch specialisten van verschillende ziekenhuizen en/of zelfstandige behandelcentra (zbc's). Het lijkt erop dat maatschappen van medisch specialisten in toenemende mate met elkaar fuseren. Hierdoor ontstaan maatschappen die een instelling voor medisch specialistische zorg (ziekenhuis of zbc) overstijgen. Dergelijke instellingsoverstijgende maatschappen worden ook wel regiomaatschappen genoemd.

Over de mogelijke voor- en nadelen van regiomaatschappen bestaat momenteel nog veel onduidelijkheid. De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) is daarom bezig met een verkennend onderzoek naar de vorming van regiomaatschappen in Nederland. De NZa wil hierover graag informatie van u ontvangen.

Als marktmeester in de zorg houdt de NZa onafhankelijk toezicht op de betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit van de zorg. Waar deze publieke belangen in het gedrang komen, kan de NZa overwegen om in te grijpen. Voor de uitoefening van haar toezichtstaken op het gebied van markttoezicht en marktontwikkeling vindt de NZa het nodig om goed inzicht te krijgen in het aantal, de groei en de aard van de regiomaatschappen. Om die reden verzoekt de NZa u vriendelijk om een vragenlijst in te vullen.

In deze vragenlijst wordt met een **regiomaatschap** bedoeld een gefuseerde, instellings-overstijgende maatschap van medisch specialisten. De medisch specialisten in de gefuseerde regiomaatschap hebben in meerdere instellingen voor medisch specialistische zorg tegelijkertijd een individuele toelatingsovereenkomst. Merk op dat een fusie tussen maatschappen van gefuseerde ziekenhuizen niet tot de vorming van een instellingsoverstijgende regiomaatschap leidt.

1. Heeft u op dit moment binnen uw ziekenhuis te maken met één of meerdere regiomaatschappen?

Ja (ga verder naar vraag 2)

Nee (ga verder naar vraag 3)

2. Kunt u aangeven:
- a) bij welk(e) specialisme(n) u momenteel binnen uw ziekenhuis te maken heeft met een regiomaatschap;
 - b) in welk jaar de betreffende regiomaatschap is ontstaan;
 - c) met hoeveel medisch specialisten van deze regiomaatschap uw ziekenhuis een individuele toelatingsovereenkomst is overeengekomen; en
 - d) in welke andere instelling(en) voor medisch specialistische zorg deze toegelaten medisch specialisten ook werkzaam zijn?
3. Is uw ziekenhuis sinds 2004 gefuseerd met een ander ziekenhuis?
- Ja (ga verder naar vraag 4)
Nee (ga verder naar vraag 6)
4. Waren er voorafgaand aan de ziekenhuisfusie binnen uw ziekenhuis al maatschappen gefuseerd met maatschappen van het betreffende fusieziekenhuis en zo ja, welk(e) specialisme(n) betrof dit dan?
5. Waren er voorafgaand aan de ziekenhuisfusie binnen uw ziekenhuis al maatschappen gefuseerd met maatschappen van een *ander ziekenhuis* dan het betreffende fusieziekenhuis en zo ja, welk(e) specialisme(n) betrof dit dan?
6. Heeft uw ziekenhuis in het verleden wel eens *geprobeerd* om een fusie tussen maatschappen te blokkeren?
- Ja (ga verder naar vraag 7)
Nee (ga verder naar vraag 11)
7. Kunt u aangeven welk(e) specialisme(n) dit betrof en wat hiervoor de belangrijkste reden was?
8. Is uw ziekenhuis succesvol geweest in haar poging(en) om een ongewenste fusie tussen maatschappen te blokkeren?
- Ja (ga verder naar vraag 9)
Nee (ga verder naar vraag 10)
9. Hoe is uw ziekenhuis er destijds in geslaagd om een ongewenste fusie tussen maatschappen te blokkeren?
10. Waarom is uw ziekenhuis er destijds niet in geslaagd om een ongewenste fusie tussen maatschappen te blokkeren?

11. Zijn er, voor zover u bekend, binnen uw ziekenhuis op dit moment concrete plannen voor een maatschappijfusie die zal resulteren in een instellingsoverstijgende regiomaatschap?

Ja (ga verder naar vraag 12)

Nee (ga verder naar vraag 13)

12. Kunt u aangeven welk(e) specialisme(n) dit betreft en welke andere instelling(en) voor medisch specialistische zorg hierbij betrokken zijn?

13. Heeft u nog opmerkingen naar aanleiding van de vragenlijst?

Hartelijk dank voor uw medewerking!

Bijlage B Overzicht geraadpleegde gesprekspartners

Naam	Organisatie	Datum
Tony Lamping	Zorgverzekeraars Nederland	07-11-2012
Milco Linssen en Frennie Bouwens	Vereniging Vrijgevestigd Medisch Specialisten	08-11-2012
Arjan Bonthond	VvAA consultants in de gezondheidszorg	14-11-2012
Bart Berden	St. Elisabeth Ziekenhuis	15-11-2012
Joël Gijzen en Rien Pijnenburg	CZ	19-11-2012
Katrien Hendriks en Ernst Ziere	Orde van Medisch Specialisten	22-11-2012
Pauline Meurs	Commissie inkomens medisch specialisten	10-12-2012
Hugo Keuzenkamp	Westfries Gasthuis	14-12-2012
Peter Draaisma	IJsselland Ziekenhuis	19-12-2012
Maarten Akkerman en Frans Schaepkens	Achmea	08-01-2013