

# Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht?

Prof. mr. J.W. van de Gronden en mevr. mr. H.M. Stergiou MA<sup>1</sup>

## 1. Inleiding en probleemstelling

De aanleiding van onderhavige notitie is dat in de Tweede Kamer de vrees geuit is dat door de vele fusies in de zorgsector de bereikbaarheid en de beschikbaarheid van zorg onder druk zou komen te staan. De Minister van VWS is gevraagd om te bezien of maatregelen ter zake genomen moeten worden. Onder andere wordt overwogen een speciale fusietoets in de zorg in te voeren.

In deze toets worden fusies in de zorg beoordeeld aan de hand van de criteria van bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg. Hieronder wordt deze toets ook ‘zorgfusietoets’ genoemd. Komen de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg in een bepaald gebied in gevaar, indien een fusie van zorginstellingen in dat gebied wordt geëffectueerd? In dit verband worden de belangen van bereikbaarheid en beschikbaarheid gezien als twee concrete aspecten die onderdeel uitmaken van het algemene belang van de zorgkwaliteit.

In deze notitie wordt uitgegaan van de introductie van een fusietoets, die alleen betrekking zal hebben op zorginstellingen die actief zijn in het eerste compartiment (AWBZ, care) en het tweede compartiment (Zorgverzekeringswet “Zvw”, cure). De doelstelling is om op deze wijze het publieke belang te borgen. Voorts is de veronderstelling dat zorginstellingen voorafgaand aan een fusie van een overheidsorgaan toestemming (bijvoorbeeld in de vorm van een vergunning) dienen te verkrijgen. Daarnaast is het niet de bedoeling dat de fusietoets zal gelden voor zorgverzekeraars. Hun positie wordt daarom niet betrokken in het onderzoek. De context van het Europese en Nederlandse economische recht voor een aparte fusietoets in de zorg staat centraal in deze notitie. In de eerste plaats wordt onderzocht wat de Europeesrechtelijke houdbaarheid is van deze toets. De Europeesrechtelijke regels waaraan getoetst wordt zijn de Europese mededingingsregels (m.n. de Concentratieverordening) en de Europese regels voor het vrije verkeer (m.n. kapitaal en vestiging). In paragraaf 2 wordt ingegaan op het Europese mededingingsrecht en in paragraaf 3 op de Europese regels voor het vrije verkeer.

In de tweede plaats wordt de noodzakelijkheid van deze toets beoordeeld in het licht van het Nederlands economisch recht. Relevant in dit verband zijn de Nederlandse Mededingingswet (“Mw”) en Wet Marktordening Gezondheidszorg (“WMG”). Aan de orde komt de vraag in hoeverre de Nederlandse mededingingsautoriteit (“NMa”) bij de toepassing van de Mw en de Nederlandse Zorgautoriteit (“NZa”) bij de uitvoering van de WMG al rekening kunnen houden met de belangen van bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg. Welke rol spelen deze belangen in het bestaande wettelijke kader dat van toepassing is op het concurrentieproces in de zorg? In paragraaf 4 wordt de toepassing van de Mw op zorgfusies door de NMa besproken en in paragraaf 5 komt de rol van de WMG en NZa aan de orde. Deze notitie zal worden afgesloten met enkele conclusies in paragraaf 6.

---

<sup>1</sup> Beide auteurs zijn verbonden aan de vaksectie Internationaal en Europees recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

## 2. Europees mededingingsrecht en de zorgfusietoets

De Europese regels inzake het mededingingsrecht zijn van toepassing op ondernemingen. Onderzocht dient daarom te worden of instellingen die in het kader van de AWBZ of de Zvw zorg aanbieden, ondernemingen in de zin van het Europese mededingingsrecht zijn. Indien dit het geval is, moet nagegaan worden of een nationale zorgfusietoets de Europese mededingingsregels doorkruist. Dit betekent dat onderzocht moet worden wat de verhouding is tussen deze nationale toets en de Concentratieverordening.<sup>2</sup>

### 2.1 Onderneming

Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG (“het Hof”) blijkt dat elke entiteit die economische activiteiten verricht, een onderneming is in de zin van het Europese mededingingsrecht.<sup>3</sup> Ingeval van het aanbieden van goederen en diensten op de markt is sprake van economische activiteiten.<sup>4</sup>

Met het oog op de zorgverzekeringstaak heeft het Hof een aparte lijn in de rechtspraak ontwikkeld, die erop neerkomt dat nagegaan moet worden welke rol solidariteit in het aan de orde zijnde stelsel speelt.<sup>5</sup> Indien het stelsel van de zorgverzekeringen (vrijwel) volledig is gebaseerd op solidariteit, zijn de uitvoerders ervan geen ondernemingen.<sup>6</sup> Indien daarentegen sprake is van een mix van solidariteit en marktwerking, zijn de Europese mededingingsregels wel van toepassing.<sup>7</sup> Eén en ander brengt met zich dat het Hof nauwkeurig onderzoekt hoeveel ruimte het toepasselijke wettelijke kader voor concurrentie laat.

Een dergelijke genuanceerde benadering hanteert het Hof evenwel niet ten aanzien van zorgaanbieders. Het Hof neemt betrekkelijk eenvoudig aan dat zorgaanbieders ondernemingen zijn. In zijn rechtspraak wordt de nadruk gelegd op het feit dat zij diensten tegen betaling aanbieden, hetgeen de toepasselijkheid van het mededingingsrecht met zich brengt. In het arrest Pavlov<sup>8</sup> kwam het Hof dan ook tot de conclusie dat medisch specialisten ondernemingen waren in de zin van artikel 81 EG, aangezien zij voor hun diensten betaald

---

<sup>2</sup> Verordening 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 2004 L24/1.

<sup>3</sup> Zaak C-41/90, Höfner, Jur. 1991, p. I-1979.

<sup>4</sup> Zaak 118/85, Commissie t. Italië, Jur. 1987, p. 2599.

<sup>5</sup> Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld V.G. Hatzopoulos, Killing national Health and Insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the Judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms, *Common Market Law Review* 2002, p. 710 e.v.; E. Mossialos, M. McKee, W. Palm, B. Karl en F. Marhold, The influence of EU law on the social character of health care systems in the European Union, Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union, Brussels, 19 November 2001, p. 98 e.v.; S. Sahmer, Krankenversicherung in Europa: Die wettbewerbsrechtliche Stellung der Kranken- und Pflegeversicherungsträger in Bereich der freiwilligen Versicherung, in: 8. Bonner Europa-symposium. Die Krankenversicherung in der Europäischen Union, Bonn, 1997, p. 53; E. Steyger, Europese zaken in de zorg: een sociaal stelsel met tochtgaten?, in: J.H. Hubben en L.A.M. van Zenderen (red.), *Het Stelsel voorbij? Sturingsperikelen in de gezondheidszorg, en jurisprudentie-overzicht*, Den Haag, 2002, p. 64-67 en J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, uitgave van het WI van het CDA, Den Haag, 2003, p. 66.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet en Pistre, Jur. 1993, p. I-637; zaak C-218/00, Cisal, Jur. 2002, p. I-691; gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband e.a., Jur. 2004, p. I-2493; zaak T-319/99, FENIN Jur. 2003, p. I- 357 en zaak C-205/03 P, FENIN, Jur. 2006, p. I-6295.

<sup>7</sup> Zie in dit verband zaak C-244/94, FFSA, Jur. 1995, p. I-4015 alsmede zaak C-67/96, Albany; gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, Brentjens en zaak C-219/97, Drijvende bokken, Jur. 1999, p. I-5751 en volgende.

<sup>8</sup> Gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98, Pavlov, Jur. 2000, p. I-6451.

werden. Illustratief is eveneens de zaak *Ambulanz Glöckner*.<sup>9</sup> Ook hier werd benadrukt dat, ondanks de publiekrechtelijke inkadering van ambulancediensten, sprake was van een economische activiteit, daar deze diensten gewoonlijk tegen vergoeding werden aangeboden. Verder oordeelde het Hof dat uit het dossier bleek dat de ambulancediensten in kwestie in het verleden niet door publieke instellingen maar private partijen waren aangeboden. De mogelijkheid dat de aan de orde zijnde activiteiten via de markt konden worden verschaft, was blijkbaar voldoende om aan te nemen dat deze activiteiten economisch van karakter zijn. Uit deze rechtspraak moet naar onze mening worden afgeleid dat instellingen die zorg in de zin van de AWBZ en de Zvw aanbieden, ondernemingen zijn. Deze zorg wordt immers tegen betaling verricht. Ook in zijn besluitpraktijk heeft de NMa aangegeven dat zowel instellingen die in de *cure* actief zijn,<sup>10</sup> als instellingen die in de *care*<sup>11</sup> opereren ondernemingen zijn. Op deze instellingen is derhalve het Europese mededingingsrecht van toepassing.

## 2.2 Concentratieverordening

Een zorgfusietoets is een regime voor de beoordeling van concentraties. Een lidstaat die overweegt een dergelijke toets in te voeren, moet voorkomen dat de Europese regels voor concentraties doorkruist worden. In deze paragraaf wordt daarom nagegaan wanneer de Europese Concentratieverordening van toepassing is. Aansluitend komt de relatie tussen deze verordening en de eventueel in te voeren zorgfusietoets aan de orde.

In dit verband moet evenwel eerst het volgende worden opgemerkt. Bij de huidige stand van zaken is onduidelijk in hoeverre joint ventures (gemeenschappelijke ondernemingen) ook onder de reikwijdte van de zorgfusietoets komen te vallen. In het Europese (en Nederlandse) mededingingsrecht worden concentratieve joint ventures, die betrekking hebben op gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, beoordeeld in het kader van het concentratietoezicht (voor zover zij voldoen aan de hieronder te bespreken eisen betreffende de omzet).<sup>12</sup> Andere joint ventures worden coöperatieve joint ventures genoemd en leiden tot coördinatie tussen de oprichtende bedrijven op een bepaalde markt. Deze worden getoetst aan artikel 81 EG. Voorkomen moet worden dat een nationale zorgfusie zo wordt vormgegeven dat joint ventures die onder de reikwijdte van artikel 81 EG vallen, verboden worden, terwijl zij volgens de criteria van artikel 81 lid 1 en lid 3 geoorloofd zijn. Op grond van artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003<sup>13</sup> mag namelijk nationale mededingingswetgeving geen overeenkomsten verbieden die toegestaan zijn krachtens artikel 81 lid 1 en lid 3 EG.

### Toepasselijkheid van het Europese concentratietoezicht

De Concentratieverordening regelt welke fusies dienen te worden aangemeld bij de Europese Commissie. Voor de toepasselijkheid van deze verordening moet in de eerste plaats sprake zijn van een concentratie. Artikel 3 van de verordening onderscheidt drie typen concentraties: 1) een fusie tussen twee onafhankelijke ondernemingen, 2) de overname van een onderneming door een andere onderneming (waarbij de zeggenschap overgaat) en 3) de oprichting van een

---

<sup>9</sup> Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-8089.

<sup>10</sup> Zie onder andere het Besluit van de d-g NMa van 5 juni 1998 in zaak 165, *Sophia Ziekenhuis-Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden*.

<sup>11</sup> Zie bijvoorbeeld de d-g NMa in zaak 346, *Intrakoop Coöperatieve Inkoopvereniging voor gezondheids- en seniorenzorg* van 18 augustus 2000.

<sup>12</sup> Zie randnummers 91 e.v. van de *Commission Consolidated Jurisdictional Notice*, te raadplegen op: [http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn_en.pdf)

<sup>13</sup> Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2003 L1/1.

gemeenschappelijke onderneming (joint venture) die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. In de tweede plaats moet de omzet van de concentratie een communautaire dimensie hebben. Dit betekent dat de omzet van een concentratie één van de twee in artikel 1 van de Concentratieverordening vastgelegde drempelwaarden, die zijn gebaseerd op de omzet gerealiseerd door de betrokken ondernemingen, moet overschrijden. Krachtens lid 2 van artikel 1 van de Concentratieverordening is de drempel overschreden, indien de totale omzet die over de gehele wereld door de betrokken partijen is behaald meer dan 5 miljard euro bedraagt en minstens twee van de betrokken ondernemingen in de EU elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald van meer dan 250 miljoen euro. Op grond van artikel 1 lid 3 van de Concentratieverordening is de drempel ook overschreden, indien de gezamenlijke omzet van de betrokken bedrijven hoger is dan 2,5 miljard euro en de totale omzet die door al deze bedrijven in elk van ten minste drie lidstaten behaald, meer dan 100 miljoen euro bedraagt. In dat geval dienen minstens twee van de betrokken partijen in elk van die drie lidstaten elk afzonderlijk een totale omzet te hebben behaald hoger dan 25 miljoen euro, waarbij ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan 100 miljoen euro bedraagt.

Het hoeft geen betoog dat het hier om ingewikkelde omzetsdrempels gaat en alleen tamelijk grote fusies onder het Europese concentratietoezicht vallen. Een en ander wordt overigens nog gecompliceerd door het volgende. Een concentratie wordt niet geacht een communautaire dimensie te hebben, indien elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee-derde van haar totale omzet binnen de EU in één en dezelfde lidstaat realiseert. Deze uitzondering staat ook wel bekend als de 2/3-regel.

Indien een fusie binnen de reikwijdte van het Europese concentratietoezicht valt dient deze te worden aangemeld bij de Commissie.<sup>14</sup> De Commissie weigert een vergunning te verlenen, indien naar haar oordeel door de concentratie de mededinging op significante wijze zou worden belemmerd, met name omdat deze concentratie aanleiding zou geven tot het in leven roepen of versterken van een machtspositie.<sup>15</sup>

## **Het Europese concentratietoezicht en de zorgfusietoets**

Van groot belang met het oog op de bevoegdheden van de lidstaten is het beginsel van *one stop shop*. Krachtens dit beginsel is alleen de Commissie bevoegd om concentraties met een communautaire dimensie te beoordelen.<sup>16</sup> Artikel 21 lid 3 Concentratieverordening bepaalt daarenboven expliciet dat de lidstaten hun nationale mededingingswetgeving niet mogen toepassen op concentraties met een communautaire dimensie.

Dit betekent dat een lidstaat in beginsel geen fusies mag beoordelen die onder de reikwijdte van de Concentratieverordening vallen. Hoewel de omzetsdrempels van deze verordening tamelijk hoog zijn, betekent het voorgaande dat de toepassing van een zorgfusietoets op grote fusies in de zorg –dat wil zeggen fusies met een communautaire dimensie– op problemen stuit. Dit is alleen anders indien de 2/3-regel op zou gaan, omdat de betrokken ondernemingen hoofdzakelijk in Nederland actief zijn en zij meer dan 2/3 van hun omzet in Nederland realiseren.

Er bestaat echter een belangrijke uitzondering op het beginsel van one stop shop. Artikel 21 lid 4 Concentratieverordening bepaalt dat de lidstaten in het kader van het fusietoezicht maatregelen mogen treffen om andere gewettigde belangen dan de mededingingsbelangen van

---

<sup>14</sup> Zie artikel 4 Concentratieverordening.

<sup>15</sup> Zie artikel 2 lid 3 Concentratieverordening.

<sup>16</sup> Zie artikel 21 lid 1 en 2 Concentratieverordening.

de verordening te beschermen.<sup>17</sup> In de literatuur wordt er van uitgegaan dat artikel 21 lid 4 lidstaten alleen een bevoegdheid geeft die defensief van karakter is. Lidstaten kunnen dus wel een fusie die volgens de Commissie zou zijn toegestaan omdat er geen ernstige effecten voor de mededinging zijn, verbieden, maar geen fusie die de Commissie verboden heeft uit mededingingsoverwegingen krachtens de Concentratieverordening, goedkeuren met het oog op gewettigde belangen.<sup>18</sup> De nationale fusiemaatregelen moeten in overeenstemming zijn met de algemene beginselen en overige bepalingen van het Gemeenschapsrecht. Als gewettigde belangen worden uitdrukkelijk openbare veiligheid, pluraliteit van de media en toezichtregels erkend. Met het oog op andere belangen is apart nationaal fusietoezicht mogelijk. Hiervoor moet echter eerst toestemming van de Commissie worden verkregen.<sup>19</sup> Deze moet binnen 25 werkdagen na notificatie hiertoe, beslissen. Bij haar beoordeling zal de Commissie onderzoeken of het voorgestelde nationale fusietoezicht in overeenstemming is met de beginselen van proportionaliteit en non-discriminatie.<sup>20</sup>

Het belang van de zorg behoort thans niet tot een van de uitdrukkelijk erkende belangen van artikel 21 lid 4 Concentratieverordening. Ons inziens kan wel betoogd worden dat in potentie het zorgbelang als gewettigd belang in de zin van dit artikel kan gelden. Artikel 152 lid 1 EG bepaalt immers dat de EU bij de bepaling en uitvoering van haar beleid uitgaat van een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid. Verder stelt artikel 3 lid 1 sub p EG dat het optreden van de EU mede een bijdrage tot het verwezenlijken van een hoog niveau van bescherming van de gezondheid omvat.

Voor de invoering van een zorgfusietoets betekent het bovenstaande het volgende. Nagegaan zal moeten worden of de zorgfusietoets in beginsel ook betrekking zal hebben op zorgfusies met een communautaire dimensie. Ons inziens is dit zeer zeker niet uitgesloten, omdat dergelijke grote fusies aanzienlijke effecten op de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg kunnen hebben.

Een nationale zorgfusietoets die ook geldt voor concentraties met een communautaire dimensie moet dus worden aangemeld bij de Commissie. Overigens is de Commissie van mening dat ingeval van twijfel of een nationale fusiemaatregel effect kan hebben op concentraties met een communautaire dimensie, het beginsel van nuttig effect van het EG-recht en het beginsel van gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) de lidstaat in kwestie verplichten deze maatregel aan te melden.<sup>21</sup>

Zoals gezegd, zal de Commissie binnen afzienbare tijd (25 werkdagen) moeten beslissen krachtens de verordening. Om een positief besluit van de Commissie te kunnen krijgen is van groot belang dat de toets proportioneel en non-discriminatoir wordt vormgegeven. De lasten, waarmee zorginstellingen worden geconfronteerd ten gevolge van de zorgfusietoets moeten beperkt blijven tot een minimum. Er dient in dat verband gekozen te worden voor de minst beperkende maatregel.

---

<sup>17</sup> Zie het recente arrest d.d. 6 maart 2008 zaak C-196/07 Commissie/Spanje. Nog niet gepubliceerd: <http://curia.europa.eu/nl/transitpage.htm>.

<sup>18</sup> Zie bijvoorbeeld S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market. The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen, 2006, p. 241 en A. Jones en B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008, p. 985.

<sup>19</sup> Zie de laatste alinea van artikel 21 lid 4 Concentratieverordening.

<sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 14 maart 1994 in zaak IV/M. 423, de beschikking van de Commissie van 20 juli 1999 in zaak IV/M. M.1724, Champalimaud; beschikking van de Commissie van 23 maart 1995 in zaak IV/M.567, Lyonnaise des Eaux; de beschikking van de Commissie van 20 december 2006 in zaak COMP/M.4197, ENDESA en de beschikking van de Commissie van 5 december 2007 in zaak COMP/M.4685, ENEL/ACCIONA/ENDESA. Zie in dit verband ook S.A. de Vries, a.w., p. 242.

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld randnummer 25 van de Beschikking van de Commissie van 5 december 2007 in zaak COMP/M.4685, ENEL/ACCIONA/ENDESA.

In de beschikkingen die de Commissie genomen heeft op grond van artikel 21 lid 4 Concentratieverordening wordt vaak gesteld dat de aan de orde zijnde nationale fusiemaatregelen niet alleen aan de Europese regels voor concentratiecontrole getoetst moeten worden, maar ook aan de bepalingen van het EG-verdrag inzake het vrije verkeer. Hieruit blijkt dus dat de problematiek van de geoorloofdheid van nationaal fusietoezicht in het licht van de Concentratieverordening nauw samenhangt met de toetsing van dit nationale toezicht aan het Europese regime voor het vrije verkeer. Daarom wordt onderstaand ingegaan op het vrije verkeer.

### **3. De EG-verdragsrechtelijke bepalingen van het vrije verkeer en de zorgfusietoets**

In het verleden heeft het Hof belangwekkende uitspraken gedaan over het vrije verkeer en de zorg.<sup>22</sup> De regels inzake het vrije verkeer die vastgelegd zijn in het EG-verdrag kunnen grote gevolgen hebben voor de nationale zorgstelsels. De houdbaarheid van de fusietoets toetsen wij onderstaand daarom tevens aan deze regels.

#### **3.1 Welke bepaling van het vrije verkeer van toepassing en grensoverschrijdende karakter**

De eventueel in de zorg in te voeren fusietoets zal, zoals reeds naar voren is gebracht, zowel betrekking hebben op instellingen uit de *care*-sector als de *cure*-sector. Hierboven is bij de mededingingsrechtelijke analyse gebleken dat instellingen uit beide compartimenten geacht worden ondernemingen te zijn in de zin van het Europese (en Nederlandse) mededingingsrecht, omdat zij economische activiteiten verrichten.

Ook in zijn rechtspraak over het vrije verkeer en zorg neemt het Hof eenvoudig aan dat zorgentiteiten diensten aanbieden of anderszins betrokken zijn bij economische activiteiten. Medische behandelingen verricht in de Nederlandse sector van de *cure* werden reeds beoordeeld in de context van het vrije dienstenverkeer.<sup>23</sup> Daarnaast werd de vrijheid van vestiging toepasselijk geacht op de oprichting van een instelling voor bejaardenzorg door een Luxemburgse vennootschap in Italië.<sup>24</sup> In deze rechtspraak wordt voor de toepasselijkheid van het vrije verkeer geen belang gehecht aan de nationaal wettelijke verankering van de activiteiten van de betrokken zorginstellingen en de eventuele ruimte die er voor concurrentie bestaat. Een en ander betekent ons inziens dat zorgverlening in zowel de *care* als de *cure*-sectoren, net zoals het geval is in het mededingingsrecht, niet principieel zijn uitgezonderd van de reikwijdte van het vrije verkeer.

De bepalingen inzake het vrije verkeer zijn van toepassing op grensoverschrijdend verkeer tussen de lidstaten. Volgens vaste rechtspraak vallen zogenoemde interne situaties niet onder het vrije verkeer.<sup>25</sup> Een in Nederlandse wetgeving vastgelegde fusietoets kan dus alleen met een beroep op het vrije verkeer worden aangevochten door in andere lidstaten gevestigde (rechts)personen. In dit verband moet er echter op worden gewezen dat een onderneming ervoor kan kiezen een rechtspersoon naar het recht van een andere lidstaat dan Nederland op te richten, om vervolgens met deze rechtspersoon hoofdzakelijk actief te worden in Nederland. Dit staat de onderneming vrij en lidstaten mogen deze keuze niet doorkruisen door

---

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-158/96, Kohll, Jur. 1998, p. I-1931; zaak C-120/95, Decker, Jur. 1998, p. I-1831; zaak C-157/99, Smits en Peerbooms, p. 2001, p. I-5473; zaak C-385/99, Müller-Fauré, Jur. p. 2003 I-4509; zaak C-372/04, Watts, Jur. 2006, p. I-4325 en zaak C-444/05, Stamatelaki, Jur. 2007, p. I-3185.

<sup>23</sup> Zie onder meer zaak C-158/96, Kohll, Jur. 1998, p. I-1931; zaak C-120/95, Decker, Jur. 1998, p. I-1831; zaak C-157/99, Smits en Peerbooms, Jur. 2001, p. I-5473 en zaak C-385/99, Müller-Fauré, Jur. 2003, p. I-4509.

<sup>24</sup> Zaak C-70/95, Sodemare, Jur. 1997, p. I-3395

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 52/79, Debaue, Jur. 1980; zaak C-108/98, RLSAN.Srl, Jur. 1999, p. I-5219 en zaak C-507/03, Commissie t. Ierland, 13 november, n.n.g.

op dergelijke ‘quasi-buitenlandse rechtspersonen’ het eigen rechtspersonenrecht toe te passen.<sup>26</sup>

### **De toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging**

Het EG-verdrag bevat voor verschillende ‘vrije verkeersbewegingen’ een apart regime. In het kader van de fusietoets moet in de eerste plaats gewezen worden op de vrijheid van vestiging, zoals vastgelegd in de artikelen 43-48 EG. De fusietoets voor de zorg heeft betrekking op de overname van een zorginstelling door een rechtspersoon. Door deze overname kan een in een andere lidstaat gevestigde organisatie duurzaam actief worden op de Nederlandse markt. Indien diensten op permanente (en niet op tijdelijke basis) worden aangeboden, is het regime inzake de vrijheid van vestiging van toepassing (en niet de regels inzake het vrije dienstenverkeer van de artikelen 49-55 EG).<sup>27</sup> Een zorginstelling of andere onderneming die in een andere lidstaat is gevestigd (bijvoorbeeld Duitsland of België) kan besluiten actief te worden op de Nederlandse markt door een zorginstelling die gevestigd is in Nederland over te nemen. Uit vaste rechtspraak blijkt dat de oprichting van vennootschappen of filialen in andere lidstaten onder de vrijheid van vestiging valt.<sup>28</sup> Verder blijkt dat het nationale vereiste dat een onderneming een voorafgaande vergunning dient aan te vragen alvorens deze actief kan worden op een bepaalde markt in een lidstaat, ook getoetst dient te worden aan het Europese regime inzake de vrijheid van vestiging.<sup>29</sup> Ons inziens is het daarom mogelijk dat een fusievergunning die neerkomt op voorafgaande toestemming voor het verkrijgen van de eigendom van een rechtspersoon of de activa van deze rechtspersoon door bijvoorbeeld de aankoop van aandelen, onder de vrijheid van vestiging valt.

### **De toepasselijkheid van het vrije verkeer van kapitaal**

De bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal (artikelen 56-60 EG) kunnen echter ook relevant zijn. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat de verkrijging van deelnemingen in ondernemingen om door middel van aandeelhouderschap invloed te hebben op het bestuur van vennootschappen onder het vrije verkeer van kapitaal valt.<sup>30</sup> Echter, zorginstellingen zullen vaak geen vennootschappen zijn (maar bijvoorbeeld stichtingen), omdat zij geen winstoogmerk mogen hebben. Uit rechtspraak van het Hof volgt evenwel dat de rechtsvorm in dat opzicht niet doorslaggevend is.<sup>31</sup> Het Hof verwijst bij de interpretatie van het begrip kapitaal naar Richtlijn 88/36,<sup>32</sup> een belangrijke rol in deze jurisprudentie speelt het begrip ‘directe investeringen’ uit deze richtlijn. Dit begrip wordt als volgt omschreven: “Deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen ten einde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven”. Niet de aanwezigheid van een vennootschap, maar de aanwezigheid van een onderneming wordt in deze omschrijving als doorslaggevend beschouwd. Aangezien zorginstellingen vanuit Europeesrechtelijk perspectief als ondernemingen worden gezien, is het zeer wel mogelijk dat het Hof de verkrijging van

---

<sup>26</sup> Zie zaak C-167/01, Inspire Art en zaak C-212/97, Jur. 2003, p. 1015 en zaak C-212/97, Centros, Jur. 1999, p. I-1459. Zie ook R. Barents en L.J. Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, Deventer, 2006, p. 372 en 373.

<sup>27</sup> Zaak C-55/94, Gebhard, Jur. 1995, p. I-4154.

<sup>28</sup> Zie voor een voorbeeld in de zorg zaak C-70/95, Sodemare, Jur. 1997, p. I-3395.

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 11/77, Patrick, Jur. 1977, p. 1199.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 19 van gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, Commissie tegen Nederland, Jur. 2006, p. I-9141.

<sup>31</sup> Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-282 en C-283/04, Commissie t. Nederland, Jur. 2006, p. I-9141 en zaak C-222/97, Trummer en Mayer, Jur. 1999, p. I-1661.

<sup>32</sup> Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, Pb. 1988, L 178/5.

eigendom van zorginstellingen als onderdeel van het vrije verkeer van kapitaal ziet, ongeacht of deze instellingen vennootschappen, stichtingen of andere rechtspersonen zijn.

In de zogenoemde *golden share*-zaken stelde de Advocaat-Generaal<sup>33</sup> voor om nationale regelingen die een voorafgaande toestemming voor verwerving van aandelen in een onderneming verplicht stelden, te toetsen aan de vrijheid van vestiging. Het Hof heeft uiteindelijk besloten dergelijke nationale wetgeving te beoordelen in het licht van het vrije kapitaalverkeer.<sup>34</sup> Het Hof hechte er veel waarde aan dat het verkrijgen van aandelen in vennootschappen te beschouwen is als directe investering in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap. Het Hof wees erop dat de directe investering gekenmerkt wordt door de mogelijkheid om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de controle over een vennootschap.

Het is aldus zeer wel mogelijk dat nationale regels voor het verkrijgen van eigendom van zorginstellingen, ongeacht hun rechtsvorm, uiteindelijk ook getoetst zullen worden aan het vrije kapitaalverkeer, omdat het vrij verkeer van kapitaal al van toepassing is wanneer er sprake is van het aangaan van duurzame economische betrekkingen in een onderneming.

Alles overziend, kan de volgende lijn worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof. Het oprichten van een nieuwe vennootschap, andere rechtspersoon of filiaal moet getoetst worden aan de regels inzake de vrijheid van vestiging. Het verwerven van eigendom in een vennootschap of andere rechtspersoon gevestigd in een andere lidstaat is daarentegen vooral een zaak van het vrije kapitaalverkeer. Geheel zeker is dit echter niet. In zijn arrest van 5 november 2002 in de zaak *Überseering*<sup>35</sup> heeft het Hof namelijk aangegeven dat, indien een vennootschap gevestigd in een bepaalde lidstaat alle aandelen van een vennootschap met statutaire zetel in een andere lidstaat verwerft, waarbij een zodanige invloed op de besluiten van de overgenomen vennootschap wordt verkregen dat de overnemende vennootschap de activiteiten van de overgenomen vennootschap kan bepalen, de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing zijn. Naar onze mening is dit arrest moeilijk in overeenstemming te brengen met de *golden share*-arresten. Omdat een aantal arresten van de laatstgenoemde rechtspraak van latere datum is dan *Überseering*, lijkt het meest aangewezen om uit te gaan van lijn die af te leiden is uit de rechtspraak over de *golden share*.

In ieder geval moet de conclusie luiden dat de zorgfusietoets getoetst moet worden aan een vrij-verkeerregime. Omdat de wijze waarop het Hof toetst aan het vrije verkeer convergeert, zal het vaak niet uitmaken of een nationale maatregel beoordeeld wordt in het licht van de vrijheid van vestiging of het vrije kapitaalverkeer.<sup>36</sup> Er moet evenwel op gewezen worden dat in tegenstelling tot het regime van de vrijheid van vestiging, de regels voor het vrije kapitaalverkeer ook betrekking kunnen hebben op handelingen van in derde landen gevestigde (rechts)personen. Artikel 56 EG bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat niet alleen alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten, maar ook alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen verboden zijn.<sup>37</sup>

### **Harmonisatie: Is de Dienstenrichtlijn toepasselijk?**

Voorts moet worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak nationale wetgeving die door de EU geharmoniseerde aangelegenheden regelt, niet aan het vrije verkeer, maar aan de

---

<sup>33</sup> Zie de Conclusie van het Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaken C-367/98, Commissie tegen Portugal, zaak C-483/99 Commissie tegen Frankrijk en C-503/99, Commissie tegen België,

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-367/98, Commissie tegen Portugal, Jur. 2002, p. I-4731; zaak C-483/99, Commissie tegen Frankrijk, Jur. 2002, p. I-4781 en zaak C-503/99, Commissie tegen België, Jur. 2002, p. I-4809.

<sup>35</sup> Zaak C-208/00, *Überseering*, Jur.2002, p. I-9919.

<sup>36</sup> Zie C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, tweede druk, 2007, p. 555.

<sup>37</sup> Zie in dit verband ook zaak C-101/05, *Skatteverket tegen A*, 17 december 2007, n.n.g.



desbetreffende harmonisatiemaatregelen getoetst moet worden.<sup>38</sup> Aangezien artikel 152 lid 5 EG de organisatie van de zorg voorbehoudt aan de lidstaten, bestaat er thans geen Europese regelgeving die specifieke regels stelt aan de organisatie van zorginstellingen. Echter, nagegaan moet worden of de Dienstenrichtlijn,<sup>39</sup> die een algemene regeling voor zowel het vrije dienstenverkeer als de vrijheid van vestiging bevat, betrekking heeft op een fusietoets in de zorg. Artikel 2 lid 2 sub f Dienstenrichtlijn zondert in vrij algemene bewoordingen de volgende zorgdiensten van haar toepassingsbereik uit: “diensten van de gezondheidszorg, al dan niet verleend door gezondheidszorgfaciliteiten en ongeacht de wijze waarop zij op nationaal niveau zijn georganiseerd en worden gefinancierd en ongeacht de vraag of de diensten openbaar of particulier van aard zijn”. Volgens het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn van de Commissie,<sup>40</sup> vallen onder deze uitzondering niet de niet aan patiënten verleende medische diensten, zoals “boekhoud-, schoonmaak-, secretariële en administratieve diensten, levering en onderhoud van medische apparatuur alsook de diensten van medische onderzoekscentra”. Betekent dit nu dat een fusietoets in de zorg, welke betrekking heeft op het verkrijgen van eigendom/zeggenschap van de ene instelling door een andere instelling, wel onder de Dienstenrichtlijn valt? Ons inziens moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. De fusietoets heeft uiteindelijk betrekking op het bundelen van gezondheidsdiensten die in instellingen zoals ziekenhuizen worden verleend. Centraal staan dus aan patiënten aangeboden diensten. Uit de voorbeelden die de Commissie geeft, volgt dat diensten die niet alleen aan ziekenhuizen of andere zorginstellingen, maar ook aan andere ondernemingen kunnen worden aangeboden, zoals boekhouddiensten en secretariële ondersteuning, wel onder de Dienstenrichtlijn vallen. Nog daargelaten dat het Handboek van de Commissie *soft law* is (en geen bindende Europese wetgeving), moet geconcludeerd worden dat ook volgens de systematiek van dit Handboek de fusietoets in de zorg niet onder de Dienstenrichtlijn valt. Daaraan moet nog worden toegevoegd dat gezien de systematiek van de rechtspraak van het Hof de zorgfusietoets een zaak van het vrije kapitaalverkeer lijkt te zijn. De Dienstenrichtlijn heeft op dit type vrije verkeer geen betrekking.

### 3.2 Beperking van het vrije verkeer

Nu is vastgesteld dat de nationale fusietoets onder de regels voor het vrije kapitaalverkeer of de vrijheid van vestiging kan vallen, moet nagegaan worden of een dergelijke toets aanleiding kan geven tot een beperking. Zowel met betrekking tot de vrijheid van vestiging<sup>41</sup> als het vrije kapitaalverkeer<sup>42</sup> gaat het Hof uit van een ruime interpretatie van het verbod. Niet alleen de nationale regels die onderscheid maken, maar ook zogenoemde zonderonderscheidmaatregelen kunnen onder dit verbod vallen. Het komt erop neer dat onderzocht wordt of een nationale maatregel de toegang tot de markt voor ondernemingen, personen en kapitaalinvesteerders uit andere lidstaten beperkt.

---

<sup>38</sup> Zie onder meer zaak 5/77, Tedeschi, Jur. 1977, p. 1555; zaak 72/83, Campus Oil, Jur. 1984, p. 2727 en zaak C-1/96, Compassion, Jur. 1998, p. I1251.

<sup>39</sup> Richtlijn 2006/123/EG van het Europese Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, Pb EU 2006, L376/36. Deze richtlijn moet overigens voor 28 december 2009 zijn omgezet. Hoewel nationale wetgeving voor deze datum niet getoetst hoeft te worden aan de richtlijn, moet de zorgfusietoets wel in het licht hiervan worden beoordeeld. Verwacht mag immers worden dat, indien de Nederlandse overheid deze toets invoert, deze langer zal gelden dan tot eind 2009.

<sup>40</sup> Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, te raadplegen op de volgende internetsite: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf)

<sup>41</sup> Zie onder andere zaak C-55/94, Gebhard, Jur. 1995, p. I-4165.

<sup>42</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-98/01, Commissie tegen het Verenigd Koninkrijk, Jur. 2003, p. I-4641 en zaak C-463/00, Commissie tegen Spanje, Jur. 2003, p. I-4581.

De eventueel in te voeren fusietoets verbindt aan de verkrijging van (een bepaald percentage van) eigendom/zeggenschap in een rechtspersoon die een zorginstelling exploiteert, toestemming. Deze moet bij een bestuurlijke instantie, een orgaan van de lidstaat Nederland, voorafgaand worden aangevraagd. Zoals reeds is opgemerkt, bestaat gerede kans dat het Hof een dergelijke nationale praktijk met name zal toetsen aan de regels voor het vrije kapitaalverkeer. In de reeds aangehaalde *golden share*-arresten heeft het Hof aangegeven dat nationale vereisten betreffende voorafgaande toestemming voor participatie in vennootschappen beschouwd dienen te worden als beperkingen van het vrije kapitaalverkeer. Dergelijke nationale maatregelen beperken het verwerven van eigendom in deze rechtspersonen en kunnen buitenlandse investeerders ervan weerhouden in ondernemingen te investeren.

De vraag rijst hoe overnames van andere typen rechtspersonen, zoals stichtingen, moeten worden gezien. In dit verband moet worden opgemerkt dat het Hof een voorafgaand vergunningvereiste voor het verkrijgen van eigendom in zijn rechtspraak altijd heeft beschouwd als een beperking van het vrije verkeer.<sup>43</sup> In de zaak *Ospelt* werd bijvoorbeeld een procedure betreffende voorafgaande vergunningverlening voor de transactie van landbouwgronden als beperking aangemerkt.<sup>44</sup> Naar onze mening betekent dit dat de zorgfusietoets ook een beperking zou kunnen opleveren, daar deze toets neerkomt op een voorafgaande toestemmingsprocedure voor het verkrijgen van eigendom in zorginstellingen. Buitenlandse ondernemingen wordt zo bemoeilijkt om deze investering te doen, aangezien eerst een nationale administratieve procedure dient te worden doorlopen. Daarbij bestaat de kans dat de vergunning wordt afgewezen, namelijk wanneer de overname op gespannen voet staat met de criteria betreffende bereikbaarheid en beschikbaarheid van zorg.

Indien het Hof besluit een zorgfusietoets niet onder het vrije verkeer van kapitaal te beoordelen maar onder de vrijheid van vestiging, wil dit nog niet zeggen dat er geen sprake is van een beperking. Zoals reeds opgemerkt bestaat een vergaande convergentie met betrekking tot de interpretatie van de verschillende verboden van het vrije verkeer. Tevens moet erop gewezen worden dat ten gevolge van de introductie van een zorgfusietoets een in een andere lidstaat gevestigde onderneming een belemmering ondervindt, wanneer deze zich door middel van een overname van een rechtspersoon wil vestigen in Nederland. Ook voor de vestigingsregels geldt dat een nationale eis van voorafgaande toestemming een beperking oplevert.<sup>45</sup>

Al met al is de kans dus groot dat het vereiste dat een voorafgaande vergunning moet worden verkregen voor overnames van zorginstellingen het vrije verkeer van kapitaal dan wel de vrijheid van vestiging beperkt. De brede interpretatie die het Hof in toenemende mate geeft aan de in deze regels neergelegde verboden heeft grote invloed op de bevoegdheden van de lidstaten om vergunningstelsels voor de overnames van vennootschappen en andere rechtspersonen in te voeren.

### **3.3 Rechtvaardiging van een beperking van het vrije verkeer**

Een lidstaat kan een beperking van het vrije verkeer rechtvaardigen door in de eerste plaats een beroep op een EG-verdragsrechtelijke exceptie te doen. Voor de zorgsector is artikel 46 EG relevant, daar deze bepaling de volksgezondheid als rechtvaardiging voor de beperking van de vrijheid van vestiging opvoert. Deze verdragsexceptie heeft echter geen betrekking op het vrije verkeer van kapitaal. Aangezien, zoals reeds aangehaald is, de kans het grootst is dat

---

<sup>43</sup> Zie bijvoorbeeld C-302/97, *Konle*, Jur. 1999, p. I-3099 en gevoegde zaken C-515/99, C-519/99-C-524/99 en C-526/99-C-540/99, *Reisch*, Jur. 2002, p. I-2157.

<sup>44</sup> Zaak C-452/01, *Ospelt*, Jur. 2003, p. I-9743.

<sup>45</sup> Zie bijvoorbeeld C. *Barnard*, a.w., p. 349.

de zorgfusietoets onder het vrije kapitaalverkeer valt, verdient het geen aanbeveling om de argumentatie dat deze toets gerechtvaardigd kan worden, te baseren op artikel 46 EG.

Daarnaast heeft het Hof in zijn rechtspraak de zogenoemde dwingende vereisten van algemeen belang (*Rule of Reason*) ontwikkeld. Deze vereisten vormen een jurisprudentiële uitzondering op het verbod om het vrije verkeer te beperken en zijn van toepassing op alle vrije verkeer-verboden (inclusief die op het terrein van het kapitaal). Verder is het van belang om op te merken dat er geen beroep op een exceptie gedaan kan worden ter rechtvaardiging van een zuivere economische doelstelling.<sup>46</sup> Daarnaast moet voor een geslaagd beroep op een vrij-verkeer-exceptie worden aangetoond dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Onderzocht moet worden of de beperkende nationale maatregel noodzakelijk is om een bepaald algemeen belang te realiseren. In de meeste gevallen wordt dan nagegaan of het belang in kwestie ook met een minder beperkend middel kan worden bereikt.<sup>47</sup>

Voor de zorg zijn met name de arresten van het Hof, waarin het financiële evenwicht van socialezekerheidsstelsels als exceptie is erkend, van belang.<sup>48</sup> In deze arresten aanvaardde het Hof dat de planning van ziekenhuiszorg (intramurale zorg) voor de lidstaten een reden kan zijn om het vrije verkeer te beperken.<sup>49</sup> Naar onze mening heeft het Hof hier vergaande beperkingen van het vrije verkeer van ziekenhuisdiensten geaccepteerd, daar de aan de orde zijnde nationale stelsels patiënten beletten deze diensten in andere lidstaten te ontvangen, indien zij op tijd konden worden behandeld in een ziekenhuis van hun eigen lidstaat. Het belang van de zorg wordt dus hoog aangeslagen in de rechtspraak van het Hof.<sup>50</sup> De lidstaten wordt de nodige ruimte gegund om hun zorgstelsels in te richten, hetgeen ook geen verwondering wekt in het licht van artikel 152 lid 5 EG, dat bepaalt dat de organisatie van de zorg een bevoegdheid van de lidstaten is.

Het Hof heeft wel grenzen aan het nationale zorgbeleid gesteld. Het vrije verkeer van extramurale diensten (vrije beroepen) mag niet beperkt worden. Daarnaast is een beperking van intramurale diensten (ziekenhuisdiensten) alleen geoorloofd, indien de patiënt in kwestie tijdig behandeld kan worden, waarbij de gebruikelijkheid van de behandeling beoordeeld moet worden aan de hand van internationale (en niet nationale) maatstaven. Ook heeft het Hof overwogen dat de nationale procedurevoorschriften die gelden in een nationaal stelsel, gebaseerd moeten worden op objectieve, vooraf kenbare en non-discriminatoire criteria.<sup>51</sup> Het is voor een lidstaat van groot belang om deze randvoorwaarden in acht te nemen. Op deze wijze wordt de kans dat een beperking als niet proportioneel wordt beschouwd, verkleind.

Wat betekent deze rechtspraak voor de zorgfusietoets? Naar onze mening is het zeer zeker niet uitgesloten dat een dergelijke toets kan profiteren van de exceptie van de dwingende vereisten van algemeen belang, mits bij wettelijke vormgeving terdege rekening wordt gehouden met de eisen uit de rechtspraak.

In de eerste plaats moet de nationale wettelijke maatregel die de fusietoets invoert, een niet-economisch belang nastreven. Bij de vormgeving moet de nadruk gelegd worden op de

---

<sup>46</sup> Zie onder andere zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4075; de zaak Decker (reeds aangehaald) en de zaak Kohll (reeds aangehaald).

<sup>47</sup> Zie onder meer rechtsoverweging 28 van zaak C-3/95, Reisebüro Broede, Jur. 1996, p. I-6511.

<sup>48</sup> Zie zaak C-158/96, Kohll, Jur. 1998, p. I-1931; zaak C-120/95, Decker, Jur. 1998, p. I-1831; zaak C-157/99, Smits en Peerbooms, Jur. 2001, p. I-5473; zaak C-385/99, Müller-Fauré, Jur. 2003, p. I-4509; zaak C-372/04, Watts, Jur. 2006, p. I-4325 en zaak C-444/05, Stamatelaki, Jur. 2007, p. I-3185.

<sup>49</sup> Zie in dit verband H.M. Stergiou, Op één been kan men niet lopen. Het arrest Watts een stap dichterbij harmonisatie van patiëntenmobiliteit? Nter nr. 10, p. 219-226 en H.M. Stergiou, "Kalimera" dear doctor: het arrest Stamatelaki en andere recente ontwikkelingen op het terrein van grensoverschrijdende patiëntenmobiliteit. Nter nr. 11, p. 238-245.

<sup>50</sup> Zie in dit verband S.A. de Vries, Tensions within the Internal Market. The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies, Groningen 2006, p. 81-85 en p. 375.

<sup>51</sup> Zie onder andere rechtsoverweging 57 van zaak C-56/01, Inizan, Jur. 2003, p. I-12403; rechtsoverweging 116 van het arrest Watts (reeds aangehaald) en rechtsoverweging 85 van het arrest Müller-Fauré (reeds aangehaald).

zorgaspecten van bereikbaarheid, beschikbaarheid en kwaliteit van de diensten verleend door zorginstellingen. Vermeden moet derhalve worden dat de zorgfusietoets volledig en alleen wordt opgezet en ingericht vanuit de gedachte dat de economische rentabiliteit van zorginstellingen dient te worden beschermd.

In de tweede plaats verdient het aanbeveling om aan te knopen bij het door het Hof erkende belang van de planning van ziekenhuiszorg (intramurale zorg). Het is de bedoeling dat de zorgfusietoets betrekking zal hebben op zorginstellingen die zowel zorg in de zin van de AWBZ als de Zvw aanbieden. Het gaat hier om intramurale zorg. Betoogd kan worden dat om een netwerk van zorginstellingen in de *care* en de *cure* in Nederland in stand te kunnen houden, planning noodzakelijk is. In dit verband doet zich echter een probleem voor. De laatste jaren is door onder andere de invoering van de Zvw de Wet Toelating Zorginstellingen (“WTZi”) en de WMG de mate van planning in het Nederlandse zorgstelsel afgenomen. De wetgever dient dus nauwkeurig na te gaan in hoeverre de planning die nog in stand is gebleven, voldoende argumenten verschaft om een zorgfusietoets in het leven te roepen. Hierbij is het denkbaar dat een onderscheid gemaakt wordt tussen de *cure*- en de *care*-sectoren, daar de markwerking in de *cure* verder is voortgeschreden dan in de *care*. Het planningsargument bij het eerstgenoemde zorgtype lijkt minder snel op te gaan dan bij het laatstgenoemde zorgtype. In dit verband moet erop gewezen worden dat er voornemens bestaan om op termijn het risico voor de bouw en exploitatie van zorginstellingen geheel bij de instellingen neer te leggen.<sup>52</sup> Indien deze voornemens daadwerkelijk worden uitgevoerd, is het niet uitgesloten dat de validiteit van het planningsargument meer erodeert. Het verdient daarom aanbeveling om te onderzoeken of bij de invoering van meer marktwerking de overheid toch in bepaalde mate de planning van de zorg ter hand moet nemen.

Onderzocht kan ook worden of er naast het planningsargument nog een ander aan de zorg gerelateerd belang kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de zorgfusietoets. Naar onze mening lijkt evenwel een argumentatie die alleen op de kwaliteit van de zorgdiensten is gebaseerd weinig kansrijk. Het verbieden van een fusie kan zowel bezwaarlijk als noodzakelijk worden geacht om de kwaliteit van in de betrokken instellingen aangeboden diensten, te waarborgen. Minder beperkende maatregelen, zoals kwaliteitsvoorschriften en inspectie van de naleving van kwaliteitsvoorschriften, lijken minstens even effectief. In dit verband moet eraan herinnerd worden dat de EU zelf ook wetgeving die kwaliteitseisen voor artsen bevat, heeft uitgevaardigd, hetgeen voor het Hof in een aantal zaken een reden was om het kwaliteitsargument af te wijzen.<sup>53</sup>

In de derde plaats moet de zorgfusietoets zo worden vormgegeven dat de kans, dat voldaan is aan het proportionaliteitsbeginsel, toeneemt. Aangezien de zorgfusietoets waarschijnlijk aan artikel 56 EG (vrije verkeer van kapitaal) zal worden getoetst, is het van belang te bezien hoe het proportionaliteitsbeginsel in het kader van dit vrij verkeer wordt toegepast. In de zaken Konle en Reisch (beide reeds aangehaald) besliste het Hof dat voorafgaande vergunningvereisten al snel aanleiding geven tot disproportionele beperkingen. In de zaak Ospelt (reeds aangehaald) heeft het Hof een voorafgaande vergunning voor de verwerving van landbouwgronden ten einde de bestemming ten bate van de landbouw van deze grond te garanderen, proportioneel geacht. Indien de bestemming van een dergelijke grond is veranderd, kan dat moeilijk worden teruggedraaid. Een *ex post*-instrumentarium leidde derhalve niet tot hetzelfde resultaat als een *ex ante*-toezicht. Naar onze mening kan betoogd worden dat een fusie tussen twee zorginstellingen ook moeilijk ongedaan gemaakt kan worden, indien achteraf blijkt dat de bereikbaarheid en de beschikbaarheid van de zorg

---

<sup>52</sup> Zie Kamerstukken II, 2006/2007, 27 659, nr. 84.

<sup>53</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 42-45 van het arrest Decker (reeds aangehaald); rechtsoverwegingen 47-49 van het arrest Kohll (reeds aangehaald) en rechtsoverwegingen 36 en 37 van het arrest Stamatelaki (reeds aangehaald).

hierdoor is aangetast. Van belang is evenwel dat de procedure van de zorgfusietoets wordt ingericht volgens objectieve, vooraf kenbaar en non-discriminatoire criteria. Met name in zaken, waarin nationaal zorgbeleid en de bepalingen inzake het vrije verkeer centraal stonden, heeft het Hof de waarde van deugdelijke procedures benadrukt.<sup>54</sup>

Tot slot moet in dit verband er nog op gewezen worden dat artikel 86 lid 2 EG eventueel ook een rechtvaardiging van een beperking van het vrije verkeer kan opleveren. Deze verdragsbepaling heeft betrekking op ondernemingen die door lidstaten belast zijn met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang. Het handelen van deze ondernemingen of maatregelen getroffen door de lidstaten valt niet onder de bepalingen van het EG-verdrag voorzover hierdoor de uitvoering van deze speciale taak wordt beperkt. Artikel 86 lid 2 EG verwijst met name naar de mededingingsregels, maar uit de systematiek van dit artikel vloeit voort dat de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang ook een exceptie voor het vrije verkeer kan zijn. Voor het vrije goederenverkeer heeft het Hof dit al meerdere malen geaccepteerd.<sup>55</sup> Thans is er een prejudiciële procedure over Nederlandse woningbouwcorporaties aanhangig, waarin aan het Hof gevraagd wordt of artikel 86 lid 2 EG ook kan gelden als exceptie voor een beperking van het vrije kapitaalverkeer.<sup>56</sup> Daarnaast wordt het Hof verzocht in te gaan op het proportionaliteitsvereiste. Gevraagd wordt of de invulling van dit beginsel minder strikt is dan bij de 'klassieke vrij verkeer excepties' zoals de dwingende vereisten van algemeen belang (*Rule of Reason*).

Indien zorginstellingen uitdrukkelijk door de overheid worden belast met een dienst van algemeen economisch belang, zou daarmee een extra argument voor de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de zorgfusietoets worden gecreëerd. Hoe krachtig dit argument is, zal mede afhangen van de uitkomst bij het Hof van de zaak over de Nederlandse woningbouwcorporatie. Tevens gelden diensten van algemeen economisch belang ook als rechtvaardigingsgrond in het Europese en Nederlandse mededingingsrecht. Indien de Nederlandse overheid zorginstellingen uitdrukkelijk met dergelijke diensten belast, dan worden het Hof, nationale rechterlijke instanties en organen als de Commissie en de NMa gestimuleerd om rekening te houden met de specifieke zorgtaken van deze instellingen.

#### **4 Mededingingswet: Huidige rol van de NMa in het fusietoezicht**

Dit hoofdstuk behandelt de huidige rol van de NMa in het fusietoezicht op ziekenhuizen. De volgende onderwerpen zullen aan bod komen: (i) de procedurele aspecten van het concentratietoezicht, (ii) de besluiten betreffende ziekenhuisfusies en fusies in de AWBZ-sector, (iii) diensten van algemeen economisch belang en (iv) de ontheffingsbevoegdheid van de Minister van EZ in het kader van het concentratietoezicht.

##### **4.1 Korte beschrijving procedure**

Op basis van artikel 34 van de Mededingingswet ("Mw") voert de NMa preventief toezicht uit op concentraties (fusies, overnames en de totstandkoming van bepaalde joint ventures) in Nederland. Zo bezien is een fusie dus een onderdeel van het ruimere begrip concentratie. In deze studie worden deze begrippen echter als synoniem gebruikt.

---

<sup>54</sup> Zie de reeds aangehaalde arresten Inizan, Watts en Müller-Fauré zie rechtsoverweging 46-49 van het arrest (Decker) en rechtsoverwegingen 36 en 37 van het arrest Stamatelaki (reeds aangehaald).

<sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-157/94, Commissie tegen Nederland, Jur. 1997, blz. I-5699 en zaak C-438/01, Hanner, Jur. 2005, p. I-4551.

<sup>56</sup> Deze zaak staat ingeschreven als zaak C-567/07, Sint Servatius.

Een concentratie is een vorm van samengaan van ondernemingen (zie voor het ondernemingsbegrip paragraaf 2.1 van dit advies) die leidt tot een duurzame verandering in de structuur van de betrokken ondernemingen en de marktstructuur (artikel 27 Mw). Als gezegd worden ziekenhuizen en AWBZ-instellingen aangemerkt als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1997 dienen voorgenomen concentraties tussen ziekenhuizen derhalve ter toetsing aan de NMa te worden gemeld.

De procedure voor toetsing van concentraties door de NMa bestaat uit een *meldingsfase* en eventueel een *vergunningsfase*. Concentraties die bepaalde omzeldrempels overschrijden, dienen bij de NMa te worden gemeld voordat zij tot stand mogen worden gebracht. Voor concentraties in de zorgsector geldt dat indien de ondernemingen gezamenlijk in het kalenderjaar voorafgaand aan de concentratie in totaal meer dan € 55.000.000,-- wereldwijd omzetten en minstens twee van hen binnen Nederland elk een jaaromzet van minimaal € 10.000.000,-- realiseren, de concentratie dient te worden gemeld.<sup>57</sup> Deze concentratiedrempels gelden echter uitsluitend voor concentraties waarbij 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,--.<sup>58</sup> Met het verlenen van zorg wordt volgens de wetgever bedoeld het verlenen van AWBZ-zorg, het verlenen van gezondheidszorg, zoals in ziekenhuizen, door huisartsen en apothekers en het verlenen van huishoudelijke hulp gefinancierd uit de Wet Maatschappelijke Ondersteuning, zoals door thuiszorgorganisaties.<sup>59</sup> Uiteraard is de NMa niet bevoegd ten aanzien van de concentraties met een communautaire dimensie.

In de meldingsfase onderzoekt de NMa of zij reden heeft om aan te nemen dat “de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in leven roepen of versterken van een economische machtspositie” (artikel 37 lid 2 Mw). Teneinde de marktmacht van de betrokken ondernemingen voor en na de concentratie te kunnen bepalen en zo de gevolgen van de concentratie te kunnen analyseren, doet de NMa onderzoek naar de positie van de betrokken ondernemingen op de relevante product- en geografische markt. De *relevante productmarkt* omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.<sup>60</sup> Dit omvat de zogenaamde substitutie aan de vraagzijde. Vervolgens kan worden bekeken in hoeverre zorgaanbieders in staat en bereid zijn om op korte termijn ook andere zorgproducten op de markt aan te bieden, de zogenaamde aanbods substitutie.<sup>61</sup>

De *relevante geografische markt* bestaat uit het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende

---

<sup>57</sup> Artikel 29 Mw. Zie ook NMa Richtsnoeren voor de Zorgsector d.d. 10 december 2007, p. 69, par. 212.

Volgens de NMa is de reden voor de verlaging van de drempelwaarden voor de zorgsector dat voordien concentraties in de zorg die wellicht op een regionale of lokale markt de mededinging op significante wijze zouden kunnen belemmeren als gevolg van relatief lage omzetten niet onder het concentratietoezicht vielen.

<sup>58</sup> De wetgever beoogt hiermee te voorkomen dat concentraties tussen ondernemingen wiens totale omzet boven de verlaagde drempels uitkomen, maar waarvan slechts een gering aandeel uit de zorgactiviteiten wordt behaald een meldingsplicht hebben.

<sup>59</sup> NMa Richtsnoeren voor de Zorgsector d.d. 10 december 2007, p. 69, par. 213.

<sup>60</sup> Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 199 C 372, p. 5, par. 7.

<sup>61</sup> NMa Visiedocument AWBZ-zorgmarkten nr. 3130/66, januari 2004, p. 25. In het Visiedocument werd een onderverdeling gemaakt naar (i) klinische en niet-klinische ziekenhuiszorg, (ii) tweede of derde compartimentszorg en (iii) topzorg of reguliere zorg.

gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijke afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.<sup>62</sup> Factoren als voorkeur van consumenten, cultuur of wettelijke belemmeringen voor aanbieders om buiten een bepaald gebied producten aan te bieden, kunnen in sterke mate de geografische reikwijdte van de mededinging afbakenen.<sup>63</sup> In het kader van het zorgaspect “bereikbaarheid” is van belang dat bij de afbakening van de geografische markt in de zorgsector onder meer de reisbereidheid en reistijden van patiënten een belangrijke rol spelen. Vanuit de patiënt bezien is de behoefte aan zorg vaak lokaal of regionaal.<sup>64</sup> In dat geval zal de relevante geografische markt vanuit de vraagzijde klein (lokaal) zijn.<sup>65</sup> In paragraaf 4.2 van dit advies komen de fusiebesluiten aan bod, waarin de NMa onderzoek heeft gedaan naar de geografische omvang van de markt voor algemene ziekenhuiszorg.<sup>66</sup>

Indien uit het onderzoek naar de relevante markt volgt dat de daadwerkelijke mededinging niet op een significante wijze zal worden belemmerd, zal de NMa de betrokken ondernemingen berichten dat voor de concentratie geen vergunning is vereist. Als belangrijk voorbeeld van significante beperking noemt de Mededingingswet, in navolging van de Europese Concentratieverordening, het tot stand komen of versterken van een economische machtspositie.<sup>67</sup> De betrokken ondernemingen mogen de concentratie dan tot stand brengen. Ingeval de mededinging daarentegen wel op significante wijze kan worden belemmerd, zal de NMa de betrokken ondernemingen berichten dat voor de concentratie een vergunning nodig is (artikel 37 lid 2 Mw). De ondernemingen mogen in dat geval geen concentratie tot stand brengen voordat een vergunningsaanvraag is ingediend, nader onderzoek is verricht en een vergunning is verleend. De NMa kan ertoe besluiten een concentratievergunning af te geven onder bepaalde voorwaarden (remedies). Zo kan de NMa verzoeken aan de fusiepartijen om bepaalde bedrijfsonderdelen af te stoten, zodat het concurrentieprobleem wordt opgelost.

Ingeval twijfel bestaat over de juiste toepassing door de NMa van de Mw in de zorg, kan het oordeel van de rechter worden gevraagd. Op grond van artikel 93 Mw kan elke belanghebbende beroep instellen tegen fusiebesluiten van de NMa bij de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Consumentenorganisaties worden in dat verband krachtens art 93 lid 3 Mw expliciet aangemerkt als belanghebbende.

Tot zover een korte omschrijving van het huidige concentratietoezicht. Onderstaand zal worden ingegaan op de fusiebesluiten van de NMa inzake voorgenomen concentraties tussen ziekenhuizen en AWBZ-instellingen en, meer bepaald, op de vraag in hoeverre de NMa in het kader van de fusietoets zorgaspecten (bereikbaarheid, kwaliteit) laat meewegen. De belangrijkste zorgfusiebesluiten worden besproken. De nadruk zal hierbij liggen op besluiten, waarin concentraties in de ziekenhuissector werden beoordeeld. Gezien de complexiteit van deze zaken, met name op het terrein van de afbakening van de relevante geografische markt, wordt zo een goed inzicht verkregen in de benaderingswijze van de NMa. Eerst wordt een aantal belangrijke ziekenhuisbesluiten besproken. Daarna komen de besluiten uit de AWBZ-sector aan de orde. In deze paragraaf wordt niet ingegaan op rechtspraak van de Rechtbank

---

<sup>62</sup> Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 199 C 372, p. 5, par. 8.

<sup>63</sup> NMa Visiedocument AWBZ-zorgmarkten nr. 3130/66, januari 2004, p. 25.

<sup>64</sup> NMa Richtsnoeren voor de Zorgsector d.d. 10 december 2007, p. 19, par. 63

<sup>65</sup> NMa Visiedocument AWBZ-zorgmarkten nr. 3130/66, januari 2004, p. 26. De NMa stelt vast dat de bereidheid van patiënten zal afhangen van het karakter van het product en het aannemelijk is dat verzekerden minder bereid zijn om grote afstanden af te leggen voor wat eenvoudigere producten dan voor meer specifieke zorgproducten.

<sup>66</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 15 juli 2004 in zaak 3897/45 Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord. De NMa heeft in dit verband de reisbereidheid van patiënten in de regio Het Gooi onderzocht.

<sup>67</sup> Zie artikel 37 lid 2 artikel 41 lid 2 Mw.

Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, omdat thans van deze instanties geen rechtspraak over fusies tussen zorginstellingen uit het eerste en tweede compartiment beschikbaar is.<sup>68</sup>

## 4.2 Ziekenhuisfusiebesluiten

Uit de beginjaren van de beschikkingenpraktijk van de NMa volgt dat de concentratievorming bij ziekenhuizen niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuitte.<sup>69</sup> Onder verwijzing naar het wettelijke kader dat destijds weinig ruimte bood voor concurrentie, concludeerde de NMa dat fusies tussen ziekenhuizen geen significante gevolgen voor de mededinging konden hebben. De NMa voerde in deze zaken geen materiele, op de zaak toegespitste beoordeling uit.<sup>70</sup>

In het fusiebesluit over de voorgenomen fusie tussen het Juliana Ziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis (“JKZ/RKZ”) en het Leyenburg Ziekenhuis (“LZ”) heeft de NMa vastgesteld dat ziekenhuizen zich op grond van wet- en regelgeving inmiddels als aanbieders van elkaar kunnen onderscheiden en dat sprake kan zijn van daadwerkelijke concurrentie.<sup>71</sup> Voor het eerst gaat de NMa over tot een materiële mededingingstoets van een voorgenomen fusie tussen ziekenhuizen en bakent de NMa de relevante ziekenhuismarkt af. Het fusiebesluit legt daarmee een belangrijke basis voor de concentratietoets in de daarop volgende ziekenhuisfusiebesluiten. Onderstaand volgt een beschrijving van de meest in het oog springende fusiebesluiten.<sup>72</sup>

### Fusiebesluit Juliana Ziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis-Leyenburg Ziekenhuis

Het Juliana Ziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis en het Leyenburg Ziekenhuis wensen te fuseren. De NMa onderscheidt in het JKZ/RKZ-LZ besluit een aparte *relevante productmarkt* voor algemene ziekenhuiszorg, waarbij een onderverdeling wordt gemaakt tussen enerzijds klinische zorg (patiënt moet voor langere tijd worden opgenomen) en anderzijds niet-klinische zorg (poliklinische behandeling of dagopname).<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Wel is er een uitspraak beschikbaar over een fusie tussen zorgverzekeraars. Zie Rb. Rotterdam 7 december 2005, CZ en OZ, MEDED 05/3047 HRK. In deze notitie wordt echter niet ingegaan op de positie van zorgverzekeraars.

<sup>69</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 5 juni 1998 in zaak 165 Sophia Ziekenhuizen-Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden, het besluit van de d-g NMa van 20 augustus 1998 in zaak 1000 Drechtsteden Ziekenhuis -Merwedeziekenhuis, het besluit van de d-g NMa van 10 september 1998 in zaak 1013 Stichting Twenteborg Ziekenhuis -Stichting Streekziekenhuis Midden-Twente, het besluit van de d-g NMa van 31 januari 2000 in zaak 1675 Stichting Samenwerkende Ziekenfondsen, het besluit van de d-g NMa van 24 augustus 2000 in zaak 1756 AZG-Beatrixoord en het besluit van de d-g NMa van 4 oktober 2000 in zaak 2090 Pasteurziekenhuis Ignatiusziekenhuis De Baronie.

<sup>70</sup> De directeur-generaal (“d-g”) van de NMa anticipeerde niettemin in de eerdere beschikkingen reeds op een situatie waarin tengevolge van de introductie van marktwerking in de zorgsector fusies tussen ziekenhuizen in het kader van het concentratietoezicht kunnen worden verboden. Zie het besluit van de d-g NMa van 14 maart 2002 in zaak 2877/17 Sint Antonius Ziekenhuis -Mesos Medisch Centrum, het besluit van de d-g NMa van 24 juli 2001 in zaak 2589 Diaconessenziekenhuis - Sint Josephziekenhuis, het besluit van de d-g NMa van 10 januari 2001 in zaak 2197 Stichting Samenwerkende Ziekenhuizen.

<sup>71</sup> Het besluit van de d-g NMa van 28 januari 2004 in zaak 3524/47 Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis-Leyenburg Ziekenhuis, punt 9-29.

<sup>72</sup> Zo hebben wij ervoor gekozen om het besluit van de d-g NMa in zaak 5047/34 Erasmus MC-Havenziekenhuis en het besluit van de NMa in zaak 6115/14 Stichting Schiedamse en Vlaardingse Ziekenhuizen-Medisch Centrum Rijnmond Zuid niet aanbod te laten komen. In beide zaken heeft de NMa geconcludeerd dat geen vergunning vereist is.

<sup>73</sup> De betrokken ziekenhuizen waren van mening dat ook een onderverdeling moest worden gemaakt naar specialismen. De NMa dacht hier anders over en besloot dat “op basis van de huidige onderzoeksresultaten niet



In het kader van de afbakening van de *geografische markt* wordt als uitgangspunt de bereidheid of mogelijkheid van patiënten om naar een ziekenhuis te reizen genomen.

De NMa neemt, zo ook in latere besluiten, ter bepaling van de geografische markt, de Elzinga-Hogartytest (“EH-test”) als uitgangspunt. Deze test gaat uit van patiëntenstromen en is in de mededingingspraktijk de meest gebruikte test voor geografische marktafbakening, indien prijsgegevens niet voor handen zijn.<sup>74</sup> De EH-test geeft op basis van gerealiseerde patiëntenstroomgegevens een indicatie over de omvang van de geografische markt.<sup>75</sup> Op basis van de EH-test komt de NMa tot de conclusie dat de markt voor zowel klinische als voor niet-klinische algemene ziekenhuiszorg een geografische markt is, waarin niet alleen de fuserende ziekenhuizen, maar ook het Medisch Centrum Haaglanden (“MCH”) en Bronovo, vallen. Voor alle onderzochte specialismen blijkt de geografische markt groter dan Den Haag te zijn.<sup>76</sup>

De NMa concludeert gelet op het marktaandeel na de fusie van 30-40% voor niet-klinische zorg en de gelijkwaardige positie van het MCH in Den Haag dat de concentratie niet zal leiden tot economische machtsposities op de markten voor algemene ziekenhuiszorg.<sup>77</sup> Evenmin zijn volgens de NMa mededingingsproblemen te verwachten voor specialismen. De gezamenlijke marktaandelen op de relevante markten variëren van circa 15%-40% en in het Haags gebied zijn eveneens MCH en/of Bronovo actief.<sup>78</sup>

Daarentegen beslist de NMa in het daaropvolgende fusiebesluit ten aanzien van de fusie tussen het Ziekenhuis Hilversum en het Ziekenhuis Gooi-Noord in de meldingsfase dat na de fusie mogelijk sprake is van een economische machtspositie die de mededinging significant kan beperken. In onderstaande paragraaf volgt een bespreking van de fusietoets die de NMa heeft uitgevoerd ten aanzien van deze Gooise fusie, zowel in de meldingsfase als in de vergunningsfase.

## **Fusiebesluiten Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord**

Inzake de fusie tussen het Ziekenhuis Hilversum en het Ziekenhuis Gooi-Noord heeft de NMa twee besluiten genomen: (i) een besluit in de meldingsfase en (ii) een besluit in de vergunningsfase. Onderstaand komen beide besluiten aan bod.

---

met voldoende zekerheid kan worden gesteld dat aanbods substitutie voor alle door partijen genoemde specialismen mogelijk was en aldus of er gesproken kan worden van een markt van algemene ziekenhuiszorg.”

<sup>74</sup> De NMa relateert de uitkomst van deze test, nu deze uitgaat van huidig en niet toekomstig keuzegedrag van patiënten. De NMa merkt op dat bijvoorbeeld bij een vermindering van kwaliteit van ziekenhuizen in de toekomst ook verder weg gelegen ziekenhuizen een reëel alternatief gaan vormen voor bepaalde patiënten, punt 57.

<sup>75</sup> De EH-test bestaat uit twee criteria, namelijk het little out from outside (“LOFI”) en het little in from outside (“LIFO”). Het LIFO-criterium heeft betrekking op de import van ziekenhuisdiensten in een bepaald gebied. Om aan het LIFO-criterium te voldoen moet niet meer dan 10% van de patiënten binnen het gebied naar ziekenhuizen buiten dat gebied gaan. Het LOFI-criterium vormt een maatstaf voor de export van ziekenhuisdiensten. Om aan het LOFI-criterium te voldoen mag niet meer dan 10% van het aanbod van de ziekenhuisdiensten in het gebied worden afgenomen door patiënten woonachtig buiten het gebied. Als de drempelwaarden van beide criteria niet worden gehaald, impliceert dit dat de ziekenhuizen binnen het gebied onder externe concurrentiedruk staan. Wanneer patiënten van een bepaald gebied veel ziekenhuisdiensten afnemen van ziekenhuizen buiten dat gebied dienen deze ‘externe’ ziekenhuizen ook te worden meegenomen in de afbakening van de relevante geografische markt. Als de import gering is, maar sprake is van een grote export van ziekenhuisdiensten dan leidt dat op basis van de test eveneens tot een ruimere relevante geografische markt.

<sup>76</sup> Punt 59-70.

<sup>77</sup> Punt 75.

<sup>78</sup> De NMa is voorts ingegaan op het mogelijk ontstaan of versterken van een economische machtspositie door verticale en portfolio-effecten op het gebied van kindergeneeskunde en gynaecologie. Ook ten aanzien van deze ontwikkelingen, oordeelt de NMa dat het onaannemelijk is dat een economische machtspositie ontstaat dan wel wordt versterkt.

(i) Meldingfase

Onder verwijzing naar het besluit inzake de fusie van het JKZ/RKZ-ZL besluit de NMa in de meldingsfase dat vanwege mogelijke aanbodssubstitutie tussen verschillende specialismen, sprake is van productmarkten voor algemene ziekenhuiszorg.<sup>79</sup> Daarin onderscheidt de NMa, evenals in het eerdere besluit, een aparte *relevante productmarkt* voor klinische en niet-klinische zorg.

De *geografische marktafbakening* vereist een nader onderzoek door de NMa. De betrokken ziekenhuizen hebben aangegeven concurrentie te ondervinden van ziekenhuizen die niet in Het Gooi gevestigd zijn, zoals onder andere het UMC te Utrecht, het AMC en het VU Medisch Centrum te Amsterdam, het Diakonessenziekenhuis te Utrecht en Ziekenhuis Sint Antonius te Nieuwegein en het Flevoziekenhuis te Almere.<sup>80</sup> Volgens de ziekenhuizen zijn er reële alternatieve aanbieders binnen het relevante geografische gebied gevestigd. In dat verband doen de ziekenhuizen een beroep op het NMa Visiedocument Concurrentie in de ziekenhuissector waarin wordt vermeld dat patiënten in de Randstad bereid zijn 30 minuten te reizen.

Uit de uitgevoerde EH-test blijkt echter dat slechts 10-20% van alle patiënten woonachtig in het vestigingsgebied van de ziekenhuizen voor niet-klinische en klinische algemene ziekenhuiszorg, naar andere ziekenhuizen gaat. Het aantal patiënten van beide ziekenhuizen, afkomstig van buiten Het Gooi is eveneens gering. Voor niet-klinische algemene ziekenhuiszorg geldt een percentage van 20-30%. De NMa gaat derhalve uit van een geografische markt voor algemene zorgmarkten die Het Gooi omvat en concludeert dat reden bestaat om aan te nemen dat als gevolg van de voorgenomen concentratie op de Gooise markt voor algemene ziekenhuiszorg voor zowel klinische als niet-klinische zorg een economische machtspositie kan ontstaan die de mededinging significant kan beperken.<sup>81</sup>

Voor de specialistische markt maakt de NMa op basis van de uitkomst van de EH-test het volgende onderscheid. Voor niet-klinische specialismen longziekten, heelkunde, neurologie, KNO, cardiologie, dermatologie, (niet-klinische en klinische) urologie, orthopedie, verloskunde en gynaecologie geldt dezelfde relevante geografische markt.

Voor de niet-klinische specialismen reumatologie, interne geneeskunde, anesthesiologie, neurochirurgie, kindergeneeskunde, oogheelkunde en de klinische specialismen cardiologie, longziekten, heelkunde, neurochirurgie, mond- en kaakziekten, kindergeneeskunde, neurologie, KNO en oogheelkunde, geldt evenwel dat er voldoende patiënten uit Het Gooi bereid zijn naar ziekenhuizen in een ander gebied te reizen. De NMa acht hierdoor aannemelijk dat de geografische markt niet uitsluitend Het Gooi omvat, maar een ruimer gebied beslaat waarin, ook andere ziekenhuizen actief zijn.<sup>82</sup> Voor deze groep specialismen geldt dat meerdere ziekenhuizen van de groep meest nabij gelegen ziekenhuizen meer behandelingen dan wel een vergelijkbaar aantal behandelingen uitvoeren als de

---

<sup>79</sup> Het besluit van de d-g NMa van 15 juli 2004 in zaak 3897/45 Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord. In de vergunningsfase voegt de NMa hieraan toe dat, gegeven de specifieke aard van de zorgvraag en het aangeboden product, een marktdefinitie uit te breiden op basis van vraagsubstitutie. Zie het besluit van de d-g NMa van 8 juni 2005 in zaak 3897/156 Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord, punt 20.

<sup>80</sup> Deze ziekenhuizen hebben desgevraagd de NMa bericht dat zij momenteel een gering aantal patiënten uit Het Gooi behandelen. Ook de grootste verzekeraars in dit gebied, Agis en Achmea, hebben bevestigd dat de uitstroom van patiënten op het gebied van algemene ziekenhuiszorg, naar ziekenhuizen in Amsterdam en Utrecht zeer minimaal is. Punt 22-29.

<sup>81</sup> Punt 67.

<sup>82</sup> Punt 45-54.

fusieziekenhuizen.<sup>83</sup> De NMa gaat in haar besluit niet specifiek, als een op zichzelf staande kwestie, in op de gevolgen van de fusie voor de kwaliteit van de zorg. Een belangenvereniging had in dat verband aangevoerd dat het afnemen van de concurrentie tussen partijen kan leiden tot minder innovatie. Ook een verzekeraar had zich bezorgd getoond over de mogelijke uitschakeling van een concurrentie-element voor de gevolgen voor zijn onderhandelingspositie ten aanzien van niet-acute zorg (electieve zorg). De NMa lijkt evenwel geen uitspraak te doen over dit zorgaspect.

(ii) Vergunningsfase

Naar aanleiding van de argumenten van de bij de fusie betrokken ziekenhuizen dat moet worden uitgegaan van een markt voor algemene ziekenhuiszorg en verschillende specialismen tot dezelfde productmarkt behoren, laat de NMa nader onderzoek uitvoeren naar de afbakening van de *relevante productmarkt* in de ziekenhuiszorg. Hieruit volgt dat wel sprake kan zijn van aanbodsubstitutie. Deze aanbodsubstitutie zou dusdanig zijn dat de afbakening van de relevante productmarkten voor specialismen een te nauwe marktdefinitie oplevert.<sup>84</sup> Een rechtsvergelijkende analyse van de benadering van de relevante productmarkt door de mededingingsautoriteiten in de VS, Nieuw-Zeeland en Duitsland leert dat de productmarktafbakening in andere jurisdicties ruimer is dan slechts afzonderlijke markten voor specialismen.<sup>85</sup>

De NMa acht de resultaten van het onderzoek evenwel onvoldoende om uit te gaan van een ruimere markt dan per specialisme, aangezien de gehanteerde enquêtetekniken in haar ogen niet toereikend zijn gebleken om kwantitatief voldoende informatie in te winnen over de geografische marktomvang per afzonderlijke specialismen. Niettemin oordeelt de NMa dat uit het marktonderzoek onder marktpartijen in de vergunningsfase geen aanwijzingen zijn gevonden dat op een of meer specifieke specialismen mededingingsrechtelijke problemen zijn te verwachten als gevolg van de onderhavige fusie. Hierdoor zal de beoordeling gericht zijn op de markt voor de algemene ziekenhuiszorg, zonder nader onderscheid te maken naar specialismen.<sup>86</sup> Ook in de vergunningsfase, gaat de NMa aldus uit van de markt voor klinische algemene ziekenhuiszorg en de markt voor niet-klinische ziekenhuiszorg.

In het kader van de *geografische marktafbakening* laat de NMa uitgebreid onderzoek doen naar de reisafstand voor patiënten in de regio. Daaruit volgt dat de gemiddelde reistijd naar het eigen ziekenhuis voor de algemene ziekenhuizen momenteel tussen 23-28 minuten ligt en voor de academische ziekenhuizen tussen de 33 en 36 minuten.<sup>87</sup> De gemiddelde reistijd naar alternatieve ziekenhuizen zoals het UMC en Diaconessenziekenhuis te Utrecht is nauwelijks hoger of zelfs lager dan naar Ziekenhuis Gooi-Noord. Daarnaast blijkt uit onderzoek uitgevoerd onder tien huisartsen in de regio Het Gooi door onderzoeksbureau SEO dat de meeste patiënten worden doorverwezen naar de meest nabijgelegen ziekenhuizen (Ziekenhuis

---

<sup>83</sup> Gelet op het grote marktaandeel na de fusie voor niet-klinische mond- en kaakziekten geldt in het bijzonder voor dit specialisme dat als gevolg van de fusie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt. Voor de concentratie is een vergunning vereist. Punt 73. Tot slot wijst de NMa op de mogelijke verticale effecten van de fusie, aangezien de aanwezigheid van beide ziekenhuizen op het gebied van de upstream specialismen pathologische anatomie en medische microbiologie, tot gevolg kan hebben dat de posities van partijen op de downstream markten kunnen worden versterkt Punt 79-82.

<sup>84</sup> Het onderzoeksbureau ECORYS-NEI heeft in opdracht van de NMa dit nader onderzoek verricht en stelt op basis van haar analyse de volgende relevante markten voor: (i) acute of spoedeisende hulp, (ii) niet-klinische electieve zorg, (iii) klinische electieve zorg, (iv) topklinische verrichtingen, (v) topreferente zorg en (vi) chronische zorg.

<sup>85</sup> Het besluit van de d-g NMa van 8 juni 2005 in zaak 3897/156 Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord, punt 41.

<sup>86</sup> Punt 42-52.

<sup>87</sup> Uitgegaan is van reistijd per auto inclusief 8 minuten voor instappen, file en parkeren.

Gooi-Noord en Ziekenhuis Hilversum). Niet alleen is de reisafstand het kortst, maar zijn ook de contacten met de aldaar werkzame specialisten in die ziekenhuizen het grootst.<sup>88</sup> Een belangrijk punt is dat de ondervraagde huisartsen hebben aangegeven dat wanneer de kwaliteit van de zorg van de gefuseerde ziekenhuizen afneemt, zij naar een ander ziekenhuis zullen verwijzen. Ook zorgverzekeraars hebben naar voren gebracht dat met de invoering van de nieuwe Zorgverzekeringswet meer sturingsmogelijkheden ontstaan voor zorgverzekeraars om patiënten naar andere ziekenhuizen te verwijzen.

SEO heeft in het verlengde hiervan onderzocht of patiënten, bij een waargenomen kwaliteitsvermindering, zelfstandig, naar andere, verder weg gelegen ziekenhuizen dan ziekenhuizen van partijen, zullen uitwijken. Het SEO concludeert dat indien ziekenhuizen zich onderscheiden op kwaliteit, patiënten bereid zijn een langere reisafstand voor lief te nemen. De NMa onderschrijft deze analyse en acht duidelijk dat patiënten uit Het Gooi “een significant hogere waardering hebben voor (meer) kwaliteit dan voor (minder) reistijd.”. Hierdoor acht de NMa het aannemelijk dat ziekenhuizen rondom Het Gooi in voldoende mate een alternatief vormen voor patiënten uit Het Gooi, en daarmee concurrentiedruk uitoefenen op de fuserende ziekenhuizen. Anders dan in de meldingsfase, komt de NMa tot de conclusie dat de markt ruimer moet worden geacht dan alleen Het Gooi.<sup>89</sup>

Daarbij komt dat de reisbereidheid sterk samenhangt met een eventuele prijsstijging. Uit het onderzoek van het SEO blijkt dat patiënten bereid zijn verder te gaan reizen, ingeval van hogere prijzen van het meest nabij gelegen ziekenhuis. Ook deze constatering leidt tot de conclusie dat de markt ruimer dan Het Gooi is.<sup>90</sup>

Alles overziend, acht de NMa, gelet op de reisbereidheid van patiënten, dat meerdere ziekenhuizen concurrentiedruk kunnen uitoefenen op Ziekenhuis Hilversum en Ziekenhuis Gooi-Noord. De vergunning wordt daarom verleend.

In het fusiebesluit inzake de voorgenomen fusie tussen Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen staat reisbereidheid van patiënten eveneens centraal. In onderstaande paragraaf volgt een bespreking van de fusietoets door de NMa ten aanzien van deze Zeeuwse fusie.

### **Fusiebesluit Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen**

De Stichting Ziekenhuis Walcheren is gevestigd in Vlissingen. Daarnaast heeft het ziekenhuis een poliklinische faciliteit in Middelburg. Stichting Oosterscheldeziekenhuizen heeft haar hoofdvestiging in Goes en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg is gevestigd in Zierikzee. Deze ziekenhuizen wensen te fuseren en leggen hun voornemen in de meldingsfase aan de NMa voor.

In navolging van de eerdere besluiten gaat de NMa in haar fusiebesluit bij de algemene ziekenhuiszorg uit van aparte *relevante productmarkten* voor klinische en niet-klinische zorg.<sup>91</sup>

Het onderzoek naar de relevante *geografische markt* is uitgebreider dan het onderzoek naar de productmarkt. Op basis van de uitkomst van de EH-test, zijn de ziekenhuizen van mening dat sprake is van twee relevante geografische markten: (i) Walcheren en (ii) Schouwen-Duiveland. De NMa is daarentegen van oordeel dat een analyse van reistijden wijst in de richting van een relevante geografische markt voor zowel klinische als niet-klinische

---

<sup>88</sup> Punt 66.

<sup>89</sup> Punt 88.

<sup>90</sup> Punt 89-91.

<sup>91</sup> Het besluit van de d-g NMa van 18 november 2005 in zaak 5196/47 Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen. Punt 13.

algemene ziekenhuiszorg die groter is dan de afzonderlijke gebieden Walcheren en Schouwen-Duiveland en Noord-en Zuid-Beveland en niet groter is dan Midden-Zeeland.

De NMa stelt allereerst vast dat de ziekenhuizen actief zijn in een relatief dun bevolkt gebied, waarin zij weinig concurrentie van derden ondervinden.<sup>92</sup> In de tweede plaats komt de NMa in het kader van het reistijdenonderzoek tot de conclusie dat de gemiddelde reistijd naar het eigen ziekenhuis voor de beide fusieziekenhuizen respectievelijk 9 en 20 minuten is.<sup>93</sup> De gemiddelde reistijd naar andere ziekenhuizen is aanzienlijk langer. Zo ligt bijvoorbeeld die reistijd voor patiënten van Oosterscheldeziekenhuizen voor het tweede alternatief (Bergen op Zoom) ongeveer 30% verder dan het eerste alternatief. Gemeten in aantallen inwoners in 2004 ziet een ruime meerderheid van de inwoners door de fusie het beste alternatief verdwijnen. In de derde plaats constateert de NMa dat de inwoners “realistisch gezien slechts een beperkt aantal richtingen op kunnen (in vele gevallen slechts maar een) voor alternatieve ziekenhuizen.”<sup>94</sup> Het voorgaande wordt bevestigd door de EH-test. Voor alle postcodegebieden die behoren tot Midden-Zeeland geldt dat voor zowel klinische als niet-klinische zorg de eerste keus op de fusieziekenhuizen valt. Ook ondervraagde marktpartijen (ziekenhuizen, verzekeraars en huisartsen) bevestigen dat Walcheren en de Bevelanden gelet op onder andere de reisafstand gezamenlijk als een geïsoleerd gebied kan worden aangemerkt, waardoor het voor de inwoners niet vanzelfsprekend is om uit te wijken naar andere ziekenhuizen buiten dit gebied.<sup>95</sup>

De NMa concludeert dat beide ziekenhuizen momenteel de enige aanbieders van algemene ziekenhuiszorg zijn gevestigd in Midden-Zeeland, met huidige marktaandelen van 40-50% per ziekenhuis voor klinische zorg en van 40-50% per ziekenhuis voor niet-klinische zorg. Gezamenlijk leidt dit mogelijk tot een economische machtspositie die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.<sup>96</sup>

De betrokken ziekenhuizen hebben zonder succes bij de melding nog aangegeven dat zij te maken hebben met een grote afnemer van ziekenhuiszorg (verzekeraar CZ-OZ) en dat sprake is van compenserende afnemersmacht (de sterke onderhandelingspositie van de afnemer in commerciële onderhandelingen met de verkoper en zijn vermogen om over te schakelen naar andere leveranciers). De NMa acht echter in deze fase onaannemelijk dat er sprake is van compenserende afnemersmacht. Tot slot hebben de ziekenhuizen aangevoerd dat de fusie zal leiden tot efficiencyvoordelen, die ten goede zullen komen aan de verbruikers in de vorm van onder meer betere medische zorg en continuïteit van de zorg.<sup>97</sup> De NMa verwerpt echter het efficiencyverweer en komt tot de eindconclusie dat voor de concentratie een vergunning is vereist. De aanvraag tot een vergunning wordt in eerste instantie gedaan, maar later door de ziekenhuizen ingetrokken. De fusie heeft derhalve geen doorgang gevonden.

## **Recente besluiten in de ziekenhuissector**

Recent zijn door de NMa in de meldingsfase nog twee fusies tussen ziekenhuizen goedgekeurd. Het betreft de besluiten inzake de fusie tussen het Laurentius Ziekenhuis

---

<sup>92</sup> Punt 16-25.

<sup>93</sup> De NMa merkt op dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg voor de bereikbaarheid in verband met acute zorg een tijdsnorm van 45 minuten hanteert van het moment van melding tot het moment dat de patiënt in het ziekenhuis wordt afgeleverd.

<sup>94</sup> Punt 27-34.

<sup>95</sup> Punt 39-44.

<sup>96</sup> Punt 48-61.

<sup>97</sup> Punt 64-85.

Roermond en St. Jans Gasthuis<sup>98</sup> en de fusie tussen de Stichting Gemini Ziekenhuis en Stichting Medisch Centrum Alkmaar.<sup>99</sup> Een uitgebreide bespreking van beide fusiebesluiten kan achterwege blijven, aangezien de NMa overeenkomstig de eerdere fusiebesluiten de relevante markt afbakt en gelet op de geografische ligging van andere, alternatieve ziekenhuizen ten opzichte van de fusierende ziekenhuizen het aannemelijk acht dat meerdere ziekenhuizen concurrentiedruk zullen uitoefenen.

In beide besluiten merkt de NMa in het kader van de reistijdenanalyse nog op dat er in Nederland op dit moment sprake is van een markt in transitie en dat hierdoor de transparantie van kwaliteit en prijzen van ziekenhuizen wordt vergroot. Deze grotere transparantie stelt de patiënten beter in staat om bij de keuze voor een ziekenhuis rekening te houden met de kwaliteit en prijzen van omliggende ziekenhuizen.<sup>100</sup> h

Tot slot heeft de NMa bij besluit van 29 februari 2008 de fusie tussen Groene Hart Ziekenhuis en Zorgpartners Midden-Holland goedgekeurd zonder dat hiervoor een vergunning is vereist.<sup>101</sup> Daarnaast merken wij nog op dat op 18 maart 2008 de ziekenhuizen Stichting Sint Lucas en Stichting Algemeen Ziekenhuis Delft hun voornemen tot fusie gemeld aan de NMa.<sup>102</sup>

### **Fusiebesluiten in de AWBZ-sector**

Ook ten aanzien van het eerste compartiment, de AWBZ-zorg, heeft de NMa een aantal malen fusies beoordeeld. In een aantal zaken heeft de NMa mededingingsproblemen geconstateerd. In een aantal andere zaken heeft de NMa weinig problemen met de fusies in de AWBZ-sector gehad. De voornaamste redenen hiervoor zijn meestal gelegen in het feit dat de activiteiten van de fusiepartners elkaar niet overlappen en de positie van deze partners niet voldoende groot is om een bedreiging voor de concurrentie te vormen.<sup>103</sup>

### **Fusiebesluit Vizier-De Wendel**

In de zaak Vizier – De Wendel<sup>104</sup> komt de NMa tot de conclusie dat er sprake is van een aparte *productmarkt* voor intramurale AWBZ-zorg voor verstandelijke gehandicapten. Wat de *geografische markt* betreft, concludeert de NMa dat de betrokken partijen die actief zijn in Noord-Limburg, vooral cliënten uit de regio aantrekken. Dit komt onder andere doordat voor cliënten van de instellingen, de verstandelijk gehandicapten, sociale netwerken en met name contacten met de familie van groot belang is. Ook blijkt toetreding voor andere aanbieders naar de markt in Noord-Limburg lastig. De geografische markt is door de NMa dan ook beperkt geacht tot Noord-Limburg. Deze regionale afbakening van de geografische markt

---

<sup>98</sup> Het besluit van de d-g NMa van 19 februari 2007 in zaak 5935/14 Laurentius Ziekenhuis Roermond-St. Jans Gasthuis.

<sup>99</sup> Het besluit van de d-g NMa van 13 september 2007 in zaak 5886/27 MCA-Gemini.

<sup>100</sup> Het besluit van de d-g NMa van 19 februari 2007 in zaak 5935/14 Laurentius Ziekenhuis Roermond-St. Jans Gasthuis. Punt 28. Het besluit van de d-g NMa van 13 september 2007 in zaak 5886/27 MCA-Gemini. Punt 24.

<sup>101</sup> Het besluit van 29 februari 2008 van de d-g NMa in zaak 6260/36 Groene Hart Ziekenhuis - Zorgpartners Midden-Holland.

<sup>102</sup> Zaak 6284. Zie [http://www.NManet.nl/Images/6284MC\\_tcm16-112896.pdf](http://www.NManet.nl/Images/6284MC_tcm16-112896.pdf).

<sup>103</sup> Zie bijvoorbeeld het Besluit van de NMa in zaak 3244, Thuiszorg Den Haag – Stichting GDVV groep van 9 maart 2005; het Besluit van de NMa in zaak 5171, Antaris-Amstelveen-Fontis van 21 oktober 2005; het Besluit van de NMa in zaak 5178, KVV-NZR van 21 oktober 2005; het Besluit van de NMa in zaak 4220, Vierstroom-DeZorgRing van 27 juni 2005; het Besluit van de NMa in zaak 5129, De Spromen – Opmaat van 15 november 2005; het Besluit van de NMa in zaak 5186 van 16 november 2005; het Besluit van de NMa in zaak 5518, Zorggroep Meander-Zorggroep Thuis van 13 april 2006 en het Besluit van de NMa in zaak 5705, Zorggroep Amsterdam-Tabitha-De kleine Johannes van 7 augustus 2006.

<sup>104</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 4245, Vizier-De Wendel van 7 maart 2005.

strookt met de algemene benadering die de NMa heeft vastgelegd in het Visiedocument AWBZ-zorgmarkten.<sup>105</sup> Hier wordt gesteld dat de vraag van patiënten naar AWBZ-zorg in het algemeen regionaal van aard is.<sup>106</sup> De concentratie leidt ertoe, zo overweegt de NMa, dat de betrokken partijen 60 tot 70% van de markt, naar aantal instellingsplaatsen, in handen krijgen. Tevens blijkt toetreding tot de markt lastig te zijn. De conclusie luidt ook dat door de fusie een machtspositie tot stand zou kunnen komen die daadwerkelijk de mededinging zou kunnen beperken. Er is daarom een vergunning vereist.

Vizier heeft in reactie hierop besloten een aantal activiteiten af te stoten en over te doen aan een nieuwkomer op de Noord-Limburgse markt: Pluryn. De laatstgenoemde onderneming gaf aan haar activiteiten vanuit Gelderland uit te willen breiden naar Noord-Limburg. Hierdoor is, naast de nieuwe fusieonderneming en Daelzicht, die ook actief is op de Noord-Limburgse markt, een nieuwe onderneming tot deze markt toegetreten. De fusiepartners hebben tevens toegezegd om Pluryn te faciliteren bij het realiseren van 55 intramurale plaatsen in de regio. Door deze opvallende actie van een van de fusiepartners –het in het zadel helpen van een nieuwe concurrent in de regio– heeft de NMa zich uiteindelijk bereid getoond de fusie goed te keuren. De NMa overweegt in dit verband onder andere dat door toetreding van Pluryn een eventuele verlaging van de kwaliteit van de diensten aangeboden door de fusiepartners er waarschijnlijk toe zal leiden dat meer intramurale plaatsen zullen toevallen aan Daelzicht en Pluryn; er is met andere woorden voldoende disciplinerende werking. De vereiste vergunning is dan ook afgegeven onder de voorwaarde dat de fusiepartners inderdaad Pluryn helpen bij het actief worden op de Noord-Limburgse markt.<sup>107</sup>

### **Fusiebesluit Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire**

In de zaak over de fusie tussen TZG-Sensire en Oosterlengte heeft de NMa ook mogelijke mededingingsproblemen geconstateerd.<sup>108</sup> De NMa onderscheidt in het kader van deze fusie een *relevante productmarkt* voor persoonlijke verzorging en verpleging alsmede een relevante markt voor huishoudelijke verzorging. Mede gezien de toetredingsdrempels gaat de NMa ervan uit dat *geografische markten* slechts regionaal van aard zijn en niet groter dan de regio van het desbetreffende zorgkantoor. Omdat in deze relatief kleine geografische markten de activiteiten van de fusiepartners elkaar overlappen en zij hoge marktaandelen zouden behalen, vreest de NMa dat na een fusie een machtspositie ontstaat. Daarbij speelt eveneens een rol dat de actuele en potentiële concurrentiedruk tamelijk beperkt lijkt. Partijen hebben aangegeven dat de fusie tot efficiëntieverbeteringen zal leiden, namelijk de ontwikkeling van een ketenzorgconcept dat gericht is op kwalitatief hoogwaardige zorg. De NMa geeft niettemin aan dat voor de onderhavige fusie een vergunning vereist is, maar dat zij in de vergunningsfase bereid is tot nader onderzoek naar eventuele efficiëntieverbeteringen. In haar Richtsnoeren voor de zorgsector heeft de NMa gesteld rekening te houden met efficiëntieverbeteringen en daaronder ook kwaliteitsverbeteringen te verstaan. Aangetoond moet worden dat de fusie noodzakelijk is om bepaalde kwaliteitsvoordelen te bereiken.<sup>109</sup> Helaas is de vergunningaanvraag door partijen na uitgebreider onderzoek door de NMa ingetrokken en is de NMa hierdoor niet tot een besluit gekomen.

---

<sup>105</sup> Visiedocument AWBZ-zorgmarkten van de NMa, Den Haag, januari 2004.

<sup>106</sup> Zie randnummer 75 van dit visiedocument.

<sup>107</sup> Zie het besluit van de d-g NMa in zaak 4245, Vizier-De Wendel van 17 juni 2005.

<sup>108</sup> Zie het besluit van de d-g NMa in zaak 4988/23, Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire van 18 augustus 2005.

<sup>109</sup> Zie randnummers 235-237 van de Richtsnoeren voor de Zorgsector van de NMa van 10 december 2007.

## Fusiebesluit Protein-TML-LvGG

Een andere zaak, waarin de NMa een vergunningplicht heeft opgelegd betreft de fusie tussen Proteion, Thuiszorg Midden-Limburg (“TML”) en Stichting Land van Gelre en Gulick (“LvGG”).<sup>110</sup> In dit besluit heeft de NMa, wat de intramurale AWBZ-zorg betreft, een *relevante productmarkt* voor verpleeghuiszorg en voor verzorgingshuiszorg gedefinieerd. Ten aanzien van de extramurale zorg is de NMa uitgegaan van een *relevante productmarkt* voor thuiszorg, waarbij in het midden is gelaten of deze markt nader diende te worden onderverdeeld. De *geografische markt* is door de NMa als regionaal aangeduid, omdat is gebleken dat de zorgconsumenten graag de diensten afnemen van aanbieders die dicht bij hen in de buurt zijn gevestigd. Op deze relatief kleine markten zouden de betrokken partijen al snel posities innemen die hoger zouden uitvallen dan 60%. Gezien de hoge toetredingsdrempels is de potentiële concurrentie gering gebleken. In deze zaak is geen vergunning aangevraagd. Driekwart jaar later is bij de NMa het fusievoornemen van Zorggroep Noord-Limburg (“ZgNL”) en twee van de drie partijen in de hierboven behandelde zaak, TML en LvGG, gemeld. Ook in deze zaak is een vergunningeis gesteld, vanwege de toevoeging van LvGG aan het marktaandeel van TML, op het gebied van thuiszorg (huishoudelijke verzorging enerzijds en persoonlijke verzorging en verpleging anderzijds) in Midden-Limburg<sup>111</sup>. In de tweede fase (vergunningfase) heeft de NMa uiteindelijk de fusie wel goedgekeurd. Zij komt nu tot de conclusie dat ook in de periode die voorafgaat aan de fusie weinig concurrentiedruk van LvGG uitging op TML op de markten voor persoonlijke verzorging en verpleging.<sup>112</sup> De fusie heeft in wezen geen verslechtering van het concurrentieproces tot gevolg, aldus de NMa. De reden hiervoor is dat LvGG hoofdzakelijk actief is binnen geclusterde woonvormen en TML alleen buiten geclusterde woonvormen. Gebleken is dat TML vooral van andere partijen concurrentiedruk ondervindt. Een vergelijkbare redenering ging op voor de huishoudelijke verzorging.

## Fusiebesluit Zorggroep West-en Midden-Brabant-Amarant

Ook bespreking verdient de zaak Zorggroep West- en Midden-Brabant –Amarant.<sup>113</sup> In deze zaak heeft de NMa de volgende concurrentieproblemen geconstateerd. De betrokken partijen waren actief op het terrein van intramurale en extramurale AWBZ-zorg. Aan zowel ouderen als verstandelijk gehandicapten boden zij zorg aan. Voor de intramurale AWBZ-activiteiten oordeelt de NMa dat zorgverlening aan één van deze doelgroepen een aparte *relevante productmarkt* omvat. Bij de extramurale thuiszorg is uitgegaan van één markt gezien onder meer het proces van ontschotting in de AWBZ (er wordt binnen deze wet geen onderscheid meer gemaakt naar doelgroep maar gewerkt met algemene omschrijvingen), het feit dat enkele spelers beide diensten reeds aanbieden en de gemeenschappelijke kenmerken van thuiszorg. Wat betreft de mogelijke markt(en) voor begeleiding is een mogelijk onderscheid naar doelgroep in het midden gelaten. In navolging van eerdere besluiten heeft de NMa geconcludeerd dat de *geografische markten* regionaal zijn. Omdat de activiteiten van de fusiepartners bij de intramurale AWBZ-zorg elkaar niet overlappen, doen zich geen mededingingsproblemen voor. Ten aanzien van de ‘extramurale AWBZ-producten’ heeft de NMa daarentegen verschillende geografische markten onderscheiden. Op één daarvan zou toevoeging van het marktaandeel van Amarant aan dat van de Zorggroep West- en Midden-Brabant tot een aanzienlijke sterke positie van de nieuw te vormen fusieonderneming leiden.

---

<sup>110</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 4198, Proteion-TML-LvGG van 11 augustus 2005.

<sup>111</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 5603 van 24 mei 2006.

<sup>112</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 5603 van 25 september 2006.

<sup>113</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 5082, Zorggroep West- en Midden-Brabant –Amarant van 11 juli 2006.



Hoewel dergelijke problemen zich niet voordeden op andere extramurale AWBZ-markten, heeft de NMa niettemin een vergunningplicht opgelegd. Partijen hebben besloten om voorsnog geen vergunning aan te vragen.<sup>114</sup>

Het probleem dat fusiepartners op een aantal markten voor extramurale of intramurale AWBZ-activiteiten een te sterke positie krijgen, kan worden opgelost door toe te zeggen dat bepaalde activiteiten op deze markten worden afgestoten.<sup>115</sup> Indien een dergelijk aanbod aan bepaalde eisen voldoet (onder meer zal onderzocht worden of de af te stoten onderdelen levensvatbaar zijn), zal de NMa alsnog de fusie toestaan, zo is gebleken uit het besluit van de NMa in zaak Pantein-STBNO.<sup>116</sup>

### **Fusiebesluit Eveen Groep-Philadelphia-Woonzorg Nederland**

Recentelijk heeft de NMa op 1 april 2008 een fusie tussen Eveen Groep-Philadelphia-Woonzorg Nederland goedgekeurd.<sup>117</sup> Deze fusie is opmerkelijk, aangezien het een fusie betreft tussen AWBZ-instellingen (Eveen en Philadelphia) enerzijds en een woningbouwcorporatie (Woonzorg Nederland) anderzijds. De NMa heeft de fusie uiteindelijk goedgekeurd onder de voorwaarde dat Woonzorg Nederland elf verpleeg- en/of verzorgingshuizen zal afstoten. Het fusiebesluit is omvangrijk en mede gelet op de overwegingen van de NMa inzake de relevante marktafbakening, de bezwaren van de NMa ten aanzien van de verticale relatie tussen de zorgaanbieders en de woningbouwcorporatie en de zienswijzen van de NZa van belang.

Eveen Groep is actief op het terrein van intramurale en extramurale AWBZ-zorg. Eveen verzorgt daarnaast diensten op het gebied van huishoudelijke verzorging, kraamzorg, jeugdgezondheidszorg, ergotherapie, cursussen, thuisalarmering, maatschappelijk werk, maaltijdvoorziening en bijzondere tandheelkunde. De Protestants-christelijke Stichting Philadelphia verricht eveneens diensten op het gebied van intramurale en extramurale zorg in het kader van de AWBZ.<sup>118</sup> Stichting Woonzorg realiseert en verhuurt als woningbouwcorporatie zelfstandige woningen (met name sociale huisvesting geschikt voor ouderen en gehandicapten), verzorgingshuizen en verpleeghuizen. Ook is Woonzorg actief op het terrein van thuisalarmering, maaltijdvoorziening, klussendienst, verhuisservice, het aanbieden van onderhoudsabonnementen en als tussenpersoon voor bepaalde verzekeringen. De NMa gaat allereerst in het fusiebesluit over tot de afbakening van de relevante markten.<sup>119</sup> Ten aanzien van de *relevante productmarkt* concludeert de NMa dat horizontale overlap bestaat tussen een groot aantal activiteiten van Eveen en Philadelphia. De NMa onderscheidt in het kader van dit fusiebesluit in totaal elf afzonderlijke relevante productmarkten. Evenals in eerdere besluiten wordt uitgegaan van afzonderlijke markten voor (i) verzorgingshuiszorg, (ii) dagactiviteiten voor ouderen en chronisch zieken, (iii) intramurale en semimurale AWBZ-zorg voor verstandelijk gehandicapten (totaalpakket van wonen en dagvoorziening), (iv) persoonlijke verzorging en verpleging, (v) ambulante psychiatrische zorg, waarbinnen mogelijk een nader onderscheid naar specialisme kan worden gemaakt en (vi) huishoudelijke verzorging. Daarnaast merkt de NMa op dat een verticale relatie tussen een deel van de activiteiten van Eveen en/of Philadelphia enerzijds en de activiteiten van Woonzorg op het gebied van de realisatie en verhuur van zelfstandige woningen en verzorging- en

---

<sup>114</sup> Zie Zorgvisie van 22 september 2006, Brabantse fusie op losse schroeven.

<sup>115</sup> Zie randnummer 220 van de Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa.

<sup>116</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 5206, Pantein-STBNO van 27 juli 2006.

<sup>117</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 6141/338, Eveen Groep-Philadelphia-Woonzorg Nederland van 1 april 2008.

<sup>118</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze zorg door Eveen en Philadelphia verricht voetnoten 3 en 4 van het besluit.

<sup>119</sup> Zie randnummers 10-33 van het besluit.

verpleeghuizen anderzijds bestaat. Zo verhuurt Woonzorg de verzorging- en verpleeghuizen niet aan bewoners, maar aan zorginstellingen, zoals Evean en Philadelphia. In dat verband wordt uitgegaan van een afzonderlijke markt voor (vii) verpleeghuiszorg en (viii) realisatie (projectontwikkeling), hetgeen ook de realisatie van verzorging- en verpleeghuizen en zelfstandige woningen omvat. In de verticale relatie onderscheidt de NMa de verhuur van (ix) zelfstandige woningen, (x) verzorgingstehuizen en van (xi) verpleeghuizen als afzonderlijke markten, nu zowel de zorgaanbieder als de bewoner een zelfstandige woning, een verzorgingshuis en een verpleegtehuis niet als (directe) substituten beschouwt.

De *geografische omvang van de markt* voor verzorgingshuiszorg acht de NMa zeer beperkt. Gebleken is dat cliënten liever niet weg willen uit hun eigen leefomgeving en bij voorkeur in hun eigen gemeenten blijven wonen. Veel cliënten van een verzorgingshuis komen uit de gemeente waarin het verzorgingshuis is gevestigd. Volgens de NMa kan de geografische omvang van deze markt bestaan uit de gemeente waarin het verzorgingshuis is gelegen, de gemeente waarin het verzorgingshuis is gelegen plus de omliggende gemeenten binnen dezelfde zorgkantoort regio of de gemeente waarin het verzorgingshuis is gelegen en alle omliggende gemeenten. Ook ten aanzien van de markten voor dagactiviteiten voor ouderen en chronisch zieken en intramurale en semimurale AWBZ-zorg voor verstandelijke gehandicapten oordeelt de NMa dat de markt regionaal is, nu deze diensten eveneens bij voorkeur worden afgenomen in de eigen leefomgeving. De NMa gaat echter niet over tot een exacte marktafbakening van de in totaal elf geïdentificeerde relevante productmarkten, aangezien de materiele beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed. Zo oordeelt de NMa dat op de zes markten, waar sprake is van horizontale overlap tussen de activiteiten van Evean en Philadelphia, het niet aannemelijk is dat als gevolg van de voorgenomen concentratie tussen Evean en Philadelphia, de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen worden belemmerd.<sup>120</sup> De activiteiten van Evean en Philadelphia overlappen immers niet op gemeentelijk niveau of op zorgregiokantoonniveau. Maar ook ingeval sprake is van een zekere overlap, is sprake van een zeer geringe toevoeging door Philadelphia aan de activiteiten van Evean en/of de aanwezigheid van sterke concurrentie (onder meer zichtbaar door deelname aan WMO-aanbestedingen voor huishoudelijke zorg).

De NMa gaat aansluitend over tot de beoordeling van de verticale relaties tussen de activiteiten van Woonzorg enerzijds en Evean/Philadelphia anderzijds, meer bepaald, in hoeverre partijen na de fusie de mogelijkheid en de prikkel hebben om markten af te sluiten.<sup>121</sup> De NMa oordeelt gelet op de mogelijkheden tot realisatie van zorgvastgoed op nieuw locaties door concurrerende zorgaanbieders geen aanleiding is om aan te nemen dat de fusiecombinatie op de markt voor realisatie van zelfstandige woningen en verzorgings- en verpleeghuizen enerzijds en het aanbieden van zorg anderzijds een significante invloed zal uitoefenen. De NMa acht dit eveneens onaannemelijk voor de markt van verhuur van zelfstandige woningen en het aanbieden van extramurale zorg. De NMa gaat evenwel in dat verband naar aanleiding van een aantal zienswijzen in op de vrees die bestaat dat de fusiecombinatie kleinere zorginstellingen uit de markt zal kunnen drukken, maar komt tot de conclusie dat deze angst ongegrond is. Immers, bewoners worden vrijgelaten in de keuze van een zorgaanbieder en daar waar de fusieonderneming nieuwe projecten zal starten, geldt dat zij bewoners en afnemers van zorg nog moeten werven. Daarnaast kunnen Evean en Philadelphia slechts werkzaam zijn op het gebied van huishoudelijke verzorging na het succesvol doorlopen van een aanbesteding.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Zie randnummers 34-53 van het besluit.

<sup>121</sup> Zie randnummers 61-126 van het besluit.

<sup>122</sup> Zie randnummers 74-77 van het besluit.

Daarentegen oordeelt de NMa dat de fusiecombinatie beschikt over mogelijkheden om significante invloed uit te oefenen op de kwaliteit en prijs van de huur van verzorgingshuizen en verpleeghuizen door concurrerende zorginstellingen. Volgens de NMa is het switchen naar een nieuwe locatie voor een zorgaanbieder op korte termijn vaak niet mogelijk en zijn geschikte locaties schaars. De bestaande huurders zijn aldus in sterke mate afhankelijk van Woonzorg. Daarnaast acht de NMa de kans aanwezig dat de fusiecombinatie in staat is om inzicht te verwerven in de strategische vastgoedbewegingen van concurrerende instellingen, nu dit type plannen veelal een investeringsbeslissing van de verhuurder vereist en daarom wordt doorgesproken met de verhuurder.<sup>123</sup> Mede gelet op de veronderstelling dat de prikkel om te investeren in projecten waarbij Eveen en Philadelphia zijn betrokken als zorgaanbieder groter is dan de prikkel om te investeren in vastgoed dat door andere zorgaanbieders wordt gehuurd, concludeert de NMa aansluitend dat het voorgaande leidt tot prikkels voor marktuitsluiting, hetgeen tot effect kan hebben dat concurrenten minder goed in staat zijn om met Eveen en Philadelphia te concurreren op het gebied van verpleeghuiszorg en verzorgingshuiszorg. Daarnaast acht de NMa aannemelijk dat in die gebieden de marktafsluiting tot gevolg kan hebben dat ook de fuserende ondernemingen zelf minder worden geprikkeld een concurrerend bod uit te brengen. Indien deze marktafsluiting ertoe leidt dat concurrerende zorgaanbieders locaties die zij huren van Woonzorg verlaten omdat het contract wordt beëindigd, kan de fusiecombinatie zelf de betreffende locatie als zorgaanbieder exploiteren. Hierdoor kan het marktaandeel van de fusiecombinatie op het gebied van verzorgingshuiszorg, respectievelijk verpleeghuiszorg op termijn worden uitgebreid, aldus de NMa.<sup>124</sup> Gelet op het voorgaande oordeelt de NMa dat een veilige grens zou moeten worden gehanteerd waarbij het gecombineerde marktaandeel van partijen (de optelling van marktaandelen van Eveen of Philadelphia op de markt van verzorgingshuiszorg respectievelijk verpleeghuiszorg enerzijds en van Woonzorg op de markt van verzorgingshuiszorg respectievelijk verpleeghuiszorg die door concurrenten van Eveen en Philadelphia wordt aangeboden vanuit verzorgingshuizen respectievelijk verpleeghuizen van Woonzorg anderzijds) beneden de 50% ligt. Op basis hiervan stelt de NMa vast dat wat betreft de markt voor verzorgingstehuiszorg en verpleeghuiszorg het in een of meerdere scenario's aannemelijk is dat de verticale relatie die na de voorgenomen fusie ontstaat kan leiden tot een significante belemmering van de mededinging.

Naar aanleiding van dit onderzoek van de NMa hebben fusiepartijen de melding gewijzigd en besloten om elf huizen, waarin verpleeghuiszorg en/of verzorgingshuiszorg wordt aangeboden door concurrenten van Philadelphia en Eveen af te stoten. Hierdoor acht de NMa het voldoende onaannemelijk dat de concentratie tot een significante belemmering van de mededinging zou kunnen leiden wanneer de gecombineerde marktaandelen van Eveen of Philadelphia de 50% niet overschrijden op alle geografische markten. Ook is de NMa van oordeel dat niet aannemelijk is dat de concentratie tot een significante belemmering van de mededinging zou kunnen leiden op markten waar er geen toevoeging van marktaandeel is. Dit geldt zowel voor verzorgingshuiszorg als voor verpleeghuiszorg. Dit komt er anders gezegd op neer dat volgens de NMa de zorgconsument ook na de fusie voldoende keuzemogelijkheden behoudt en de nieuwe combinatie voldoende concurrentiedruk blijft ondervinden van andere spelers.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Zie randnummers 92-102 van het besluit.

<sup>124</sup> Zie randnummer 113 en 114 van het besluit.

<sup>125</sup> Zie persbericht NMa d.d. 2 april 2008, "NMa stelt eisen aan fusie Eveen, Philadelphia en Woonzorg." [www.NManet.nl](http://www.NManet.nl).

## Diensten van Algemeen Economisch Belang

Ingeval ondernemingen, waarvan één belast is met een dienst van algemeen economisch belang, wensen te fuseren is de NMa slechts bevoegd een vergunning hiertoe te weigeren, indien de weigering van die vergunning de vervulling van de hun toevertrouwde taak niet verhindert. De NMa benadrukt in haar richtsnoeren dat deze uitzondering, die voor fusies is vastgelegd in artikel 41 lid 3 Mw, strikt dient te worden uitgelegd.<sup>126</sup> Immers, de werking van het mededingingsregime wordt hierdoor in beginsel beperkt. De beperking dient te voldoen aan de beginselen van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Dit betekent dat mededingingsbeperkingen ten behoeve van de vervulling van de opgedragen taken niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is om de taken te vervullen. Deze uitzondering komt overeen met artikel 86 lid 2 EG.<sup>127</sup>

Al met al zijn er weinig besluiten van de NMa voorhanden, waarin het concept diensten van algemeen economisch belang wordt toegepast. Verder kan dit concept de NMa in het mededingingsrecht alleen de mogelijkheid geven een concentratie toe te staan, die zij anders op mededingingsgronden had verboden. De wijze waarop de uitzonderingsgrond van artikel 41 lid 3 Mw is vormgegeven, machtigt de NMa niet om een fusie te verbieden vanwege redenen ontleend aan de realisering van diensten van algemeen economisch belang, die vanuit het perspectief van de mededinging geen problemen oplevert.

### 4.5 Ontheffingsbevoegdheid Minister EZ

Voor de volledigheid wijzen wij tot slot nog op de ontheffingsbevoegdheid waarover de Minister van Economische Zaken beschikt op grond van artikel 47 lid 1 Mw. De Minister kan nadat de NMa een verzoek tot een vergunning voor een concentratie heeft geweigerd, niettemin besluiten die vergunning te verlenen, indien naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering, daartoe nopen. Denkbaar is namelijk dat concentraties die uit mededingingsoogpunt niet toelaatbaar zijn, op grond van andere zwaarwegende maatschappelijke belangen niettemin aanvaardbaar worden geacht. Wat “gewichtige redenen van algemeen belang” zijn wordt in de Mw niet nader gespecificeerd. Deze redenen kunnen een economisch en niet-economisch karakter hebben. Uit de Memorie van Toelichting op de Mw volgt dat in dit verband bijvoorbeeld gedacht kan worden aan staatsveiligheid, werkgelegenheid of het efficiëntiebelang van schaalvergroting teneinde de concurrentie op markten buiten Nederland aan te kunnen.<sup>128</sup> Daarbij is niet zozeer het verbeteren van de concurrentiepositie van belang, maar staan de daaruit voortvloeiende voordelen centraal.

Er is evenwel vrijwel geen beschikkingenpraktijk met betrekking tot artikel 47 lid 1 Mw beschikbaar. Uit de zaak over de fusie tussen Jaarbeurs en RAI<sup>129</sup> blijkt dat de Minister van EZ alleen in hoogst uitzonderlijke gevallen dit artikel wil toepassen, waarbij alleen rekening gehouden wordt met politieke en beleidsmatige argumenten.<sup>130</sup> De Minister weigerde uiteindelijk om de fusie die de NMa had verboden, alsnog goed te keuren.<sup>131</sup> Overigens geeft artikel 47 lid 1 Mw de Minister alleen de bevoegdheid een concentratie toe te staan die de

---

<sup>126</sup> Zie randnummer 238 van de Richtsnoeren voor de Zorgsector van de NMa.

<sup>127</sup> Voor mededingingsbeperkende afspraken is deze uitzondering vastgelegd in artikel 11 Mw en voor machtsposities in artikel 25 Mw.

<sup>128</sup> Zie de MvT bij de Mw, Kamerstukken 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 40 en 41.

<sup>129</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 47, RAI-Jaarbeurs van 31 juli 1998.

<sup>130</sup> Zie J.W. van de Gronden en S.A. de Vries, Independent competition authorities in the EU, Utrecht Law Review 2006, p. 56.

<sup>131</sup> Zie het Besluit van de Minister van EZ van 22 juni 1999, Kenmerk: ES/MW-M 99039903-b17.

NMa heeft verboden. De bewoordingen van dit wetsartikel stellen de Minister van EZ niet in staat een fusie te verbieden om redenen van algemeen belang, die de NMa heeft goedgekeurd. In dit verband moet in meer algemene zin erop gewezen worden dat de NMa een zelfstandig bestuursorgaan is. Zij opereert daarmee onafhankelijk van het politieke proces. Afgezien van artikel 47 lid 1 Mw heeft de Minister van EZ daarom niet de bevoegdheid om aanwijzingen te geven ten aanzien van individuele zaken. Artikel 5d lid 1 Mw bepaalt daarom dat de Minister alleen beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de Raad van de NMa toegekende bevoegdheden. Artikel 5d lid 2 Mw bepaalt dat deze beleidsregels betrekking mogen hebben op de wijze waarop de NMa bij de toepassing van artikel 6 lid 3 Mw (de wettelijke vrijstelling van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken vastgelegd in artikel 6 lid 1 Mw) rekening houdt met andere belangen dan economische belangen. Opvallend genoeg wordt hier niet verwezen naar het fusietoezicht van de NMa. Artikel 5d lid 2 Mw kan derhalve door de Minister niet gebruikt worden om het fusiebeleid van de NMa te beïnvloeden.

#### **4.6 Evaluatie**

Het vertrekpunt van de NMa bij de beoordeling van ziekenhuisfusies en andere zorgfusies is het economische criterium van de significante beperking van de mededinging. (Tot 2007 was het centrale criterium voor de fusietoets het ontstaan of versterken van een economische machtspositie. Sinds de wetwijziging van dat jaar is het criterium een significante beperking van de mededinging, waarvan een economische machtspositie een voorbeeld van.) Kwaliteit speelt in deze beoordeling geen hoofdrol. Zolang er voldoende disciplinerende werking van andere, alternatieve zorgaanbieders uitgaat, betekent verlaging van de kwaliteit in een bepaalde regio niet dat de NMa de fusie verbiedt. Naar haar mening is immers in een dergelijk geval de geografische markt tamelijk groot, bijvoorbeeld omdat afnemers bereid zijn te reizen om bepaalde zorgdiensten te ontvangen. Alleen als blijkt dat er te weinig disciplinerende werking uitgaat van andere zorgaanbieders wordt een fusie tussen twee zorgaanbieders verboden. Er is dan sprake van een kleine geografische markt en de fuserende partners zijn dan al gauw de belangrijkste spelers op deze markt. Fuseren leidt dan tot het ontstaan van een machtspositie, hetgeen de NMa niet toestaat. In de zaak Vizier-De Wendel ontlieden partijen dit verbod door een nieuwkomer in het zadel te helpen. Deze creatieve oplossing had ontegenzeggelijk invloed op de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg. Partijen werden echter tot deze handelwijze gedwongen, omdat de geografische markt redelijk beperkt moest worden afgebakend.

Aangenomen mag worden dat de NMa aspecten als bereikbaarheid en beschikbaarheid van zorg op vergelijkbare wijze als ingeval van het meer algemene belang van kwaliteit meeneemt in haar beoordeling. De eerstgenoemde aspecten hangen immers zeer nauw samen met het laatstgenoemde belang. Opgemerkt zij dat de NMa overwegingen van bereikbaarheid en beschikbaarheid vrijwel niet met zoveel woorden benoemt. In het kader van de analyse van de reistijden van patiënten onder de geografische marktafbakening lijkt de NMa de bereikbaarheid indirect aan bod te laten komen. Die bereikbaarheid (reistijd) wordt in dat geval getoetst aan de reëel voorhandenzijnde alternatieven na de fusie, maar niet aan reistijden die mogelijk door de fusie veranderen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een bepaald specialisme en/of bepaalde functies door de fusie geconcentreerd zullen worden in één van de fuserende ziekenhuizen, waardoor de reistijd voor sommige patiënten na de fusie zal toenemen.

Het hangt uiteindelijk van de marktafbakening af in hoeverre de NMa een fusie zal verbieden, indien daardoor in een bepaald gebied het aantal vestigingen van zorginstellingen zal afnemen. Tot een dergelijk verbod zal de NMa in de meeste gevallen alleen overgaan, indien

er sprake is van een beperkte geografische en/of productmarkt. Verwacht mag worden dat indien zorgmarkten, mede dankzij impulsen van overheidsbeleid, meer concurrerend en dynamisch worden, allerlei toetredingsdrempels kleiner worden. Het bestaan van toetredingsdrempels vormt vaak een argument om (geografische) markten beperkt af te bakenen. Het proces van meer concurrentie en dynamische ontwikkeling op diverse zorgmarkten kan er dus toe leiden dat deze markten ruimer dan thans het geval is, worden afgebakend. Dit heeft weer als consequentie dat de NMa minder snel dan momenteel het geval is, zorgfusies zal verbieden.

De NMa heeft aangegeven kwaliteitsverbeteringen als efficiëntieverbeteringen te betrekken in de beoordeling van zorgfusies.<sup>132</sup> Dit betekent dat onder bepaalde voorwaarden toch een fusie wordt goedgekeurd vanwege deze verbeteringen, die anders verboden zou zijn. Het zorgfusietoezicht, dat in deze studie centraal staat, beoogt echter juist fusies die negatieve gevolgen voor de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg hebben, te verbieden. Het ligt daarom niet in de rede dat het beleid van de NMa met betrekking tot efficiëntieverbeteringen een grote bijdrage zal leveren aan het nastreven van de doelstelling van bereikbaarheid en beschikbaarheid. In dit verband moet opgemerkt worden dat in het concentratietoezicht een beroep op efficiëntieverbeteringen niet snel zal worden gehonoreerd. Ook de regeling van de diensten van algemeen economisch belang in de Mededingingswet en de bevoegdheid van de Minister van EZ om ontheffing te verlenen zullen moeilijk inzetbaar zijn om de belangen van de beschikbaarheid en bereikbaarheid van de zorg te realiseren. In de eerste plaats kunnen deze regeling en bevoegdheid, evenals het beleid van de NMa inzake kwaliteitsverbeteringen als efficiëntieverbeteringen, er alleen toe leiden dat fusies worden toegestaan, die anders vanwege mededingingsproblemen zouden zijn verboden. In de tweede plaats wordt van beide mogelijkheden in de praktijk slechts terughoudend gebruik gemaakt. Anders dan bij de Europese regels voor het vrije verkeer, lijkt derhalve het concept van diensten van algemeen economisch belang bij het concentratietoezicht door de NMa geen noemenswaardige rol te spelen met betrekking tot de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg.

## **5. Wet Marktordening Gezondheidszorg en de NZa**

De NZa houdt toezicht op de marktprocessen in de Nederlandse zorgsector. Het is daarom van belang om in te gaan op de rol die deze autoriteit speelt in het fusieproces van zorginstellingen. Kan haar beleid een bijdrage leveren aan de realisering van het belang van de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg?

Hieronder wordt eerst het juridische instrumentarium van de NZa beschreven. Daarna komt de huidige rol die zij speelt in het proces van fusies tussen zorginstellingen aan de orde.

### **5.1 Het markttoezicht in de zorg door NZa**

De Wet Marktordening Gezondheidszorg (WVG) regelt de bevoegdheden van de NZa. In hoofdstuk 3 van deze wet worden de taken en de bevoegdheden van de NZa opgesomd, waaronder; markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg,<sup>133</sup> toezicht op de uitvoering van de Zorgverzekeringswet door de zorgverzekeraars en toezicht op de uitvoering van de AWBZ.<sup>134</sup> Voor de onderhavige studie is alleen de taak van het markttoezicht van belang.

---

<sup>132</sup> NMa Richtsnoeren voor de Zorgsector d.d. 10 december 2007.

<sup>133</sup> Dit is inclusief het toezicht op de marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering in de zorg.

<sup>134</sup> Zie artikel 16 Wet Marktordening Gezondheidszorg.

## Marktonderzoek

De NZa kan op grond van de artikelen 32 en 33 WMG marktonderzoek verrichten naar de concurrentieverhoudingen en het marktgedrag op het gebied van zorg. De resultaten van dergelijk onderzoek kan zij gebruiken voor de inzet van haar andere bevoegdheden.<sup>135</sup> In deze onderzoeken wordt aandacht besteed aan fusies. In het Visiedocument ziekenhuiszorg<sup>136</sup> wordt bijvoorbeeld aangegeven dat de NZa de gevolgen voor horizontale fusies voor prijzen, efficiëntie en marktmacht een plaats wil geven in de monitoring van de marktwerking in de zorg. Er wordt gesteld dat er in de ziekenhuissector veel fusies hebben plaatsgevonden, waardoor de ziekenhuizen weinig concurrenten meer hebben in hun regio.<sup>137</sup> Tevens is naar voren gebracht dat het monitoren van de ontwikkelingen in de ziekenhuiszorg mede bedoeld is ter ondersteuning van het fusietoezicht van de NMa.<sup>138</sup>

## Algemene verplichtingen van zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars

De artikelen 34-45 WMG geven de NZa de bevoegdheid een aantal verplichtingen op te leggen aan de zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars. De belangrijkste bevoegdheid is die van de tariefregulering. Deze bevoegdheden hebben echter geen betrekking op het fusietoezicht.

## De bevoegdheid betreffende Aanmerkelijke marktmacht

Artikel 48 kent aan de NZa de bevoegdheid toe om zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars verplichtingen op te leggen, indien deze over aanmerkelijke marktmacht ("AMM") beschikken. Het eerste lid van dit artikel geeft aan waaruit deze verplichtingen kunnen bestaan. Zo kunnen zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars verplicht worden om diensten los van andere diensten te leveren, teneinde bepaalde contracten te sluiten en om geen onredelijk hoge capaciteit in te kopen van een zorgaanbieder. Bij het opleggen van verplichtingen moet de NZa het beginsel van proportionaliteit in acht nemen. Deze aanwijzing kan gegeven worden voor een periode van maximaal 3 jaar, maar is verlengbaar.

De bevoegdheid op het terrein van AMM geeft de NZa de mogelijkheid om op te treden tegen de nadelige gevolgen van een hoge concentratiegraad in een bepaalde markt waar zorgaanbieders (of zorgverzekeraars) opereren. Het betreft hier ex ante-toezicht, zodat preventieve maatregelen kunnen worden getroffen.

Deze maatregelen hebben echter geen betrekking op fusietoezicht. De taakverdeling, van de WMG en de Mw is zo vormgegeven dat de NMa de fusies goedkeurt. De NZa heeft hierin slechts een adviserende rol. Deze rol wordt in de volgende paragraaf besproken.

De vraag is nu of bij de oplegging van een verplichting vanwege AMM de NZa rekening kan houden met aspecten van bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg alsmede met de kwaliteit van de zorg. Artikel 3 lid 4 WMG verplicht de NZa bij haar optreden het algemeen consumentenbelang voorop te stellen. In haar beleidsregel voor de AMM stelt de NZa dan ook dat bij de beantwoording van de vraag of optreden opportuun is onder meer gekeken

---

<sup>135</sup> Zie W.T. Algera en J.J.M. Sluijs, Marktordening in de gezondheidszorg, SEW 2007, p. 181.

<sup>136</sup> Zie Visiedocument ziekenhuiszorg Analyse en aanbevelingen voor concurrentie in het B-segment, februari 2005, p.51.

<sup>137</sup> Zie Oriënterende monitor Ziekenhuiszorg. Analyse van de onderhandelingen over het B-segment in 2005, p. 31.

<sup>138</sup> Zie Oriënterende monitor Ziekenhuiszorg. Analyse van de onderhandelingen over het B-segment in 2005, p. 15.

wordt naar het consumentenbelang.<sup>139</sup> In haar toelichting op de beleidsregel geeft de NZa aan dat het inzetten van het AMM-instrument dient te leiden tot verbetering van de zogenoemde “publiekebelangenkwaliteit”. Hieronder wordt verstaan dat de zorg kwalitatief goed, toegankelijk en bovendien betaalbaar moet zijn voor de consument.<sup>140</sup> Bij de bespreking van het beginsel van proportionaliteit en de spoedeisendheid van een maatregel benadrukt de NZa dat ook hier de kwaliteit van zorg, toegankelijkheid en betaalbaarheid een rol spelen.<sup>141</sup>

Wat de kwaliteit betreft, geeft de NZa echter toe dat de IGZ de leidende rol heeft in het toezicht hierop en dat de NZa dit oordeel daarom zal volgen (welke verplichting voortvloeit uit artikel 19 WMG). Aan de IGZ is expliciet de taak van het toezicht houden op de kwaliteit van de zorg opgedragen, terwijl dit niet het geval is bij de NZa. De kwaliteit kan dus alleen op indirecte wijze worden nagestreefd door de NZa, namelijk door de marktwerking in de zorg te bevorderen.<sup>142</sup>

Ons inziens geldt ook voor een belang als de toegankelijkheid en bereikbaarheid van de zorg dat deze op een vergelijkbare indirecte wijze –namelijk door middel van het bevorderen van marktwerking– moet worden nagestreefd. De NZa geeft immers in haar Beleidsregel AMM aan zich te laten leiden door de criteria van het Europese mededingingsrecht.<sup>143</sup> Voorts is volgens artikel 47 WMG sprake van AMM, indien een aanbieder of verzekeraar zich onafhankelijk van zijn concurrenten, handelspartners of consumenten op de markt kan gedragen. Deze definitie vertoont sterke gelijkenis met de omschrijving die in het (Europese) mededingingsrecht wordt gehanteerd.<sup>144</sup> In de Memorie van Toelichting bij de WMG wordt ook aangegeven dat deze definitie ontleend is aan het Europese en Nederlandse mededingingsrecht.<sup>145</sup> Bij de toepassing van de AMM-bevoegdheid gaat het dus uiteindelijk om het bestrijden van de concurrentieproblemen.

Uit onze analyse van het fusietoezicht van de NMa bleek dat aspecten als beschikbaarheid en bereikbaarheid hier geen centrale rol spelen en ondergeschikt zijn aan overwegingen betreffende de bevordering van concurrentie. Het ligt daarom in de lijn van de verwachtingen dat de NZa in de toekomst het instrument van AMM niet primair zal kunnen aanwenden om op te treden tegen problemen op het terrein van bereikbaarheid en beschikbaarheid, dat wil zeggen zonder dat de concurrentie door zorgaanbieders (of zorgverzekeraars) met AMM wordt beperkt. Pas als deze problemen het gevolg zijn van moeilijkheden met betrekking tot het concurrentieproces ligt een dergelijk optreden in de rede.

Het is de visie van de NZa dat daadwerkelijke mededinging op langere termijn leidt tot dynamische efficiëntie; het consumentenbelang wordt ingevuld door de effecten op lange termijn in ogenschouw te nemen.<sup>146</sup> De inzet van de AMM-bevoegdheid door de NZa kan dus slechts gedeeltelijk de problemen van bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg, die niet zijn aangepakt in het fusietoezicht van de NMa, repareren. In dit verband moet verder nog bedacht worden dat de AMM-bevoegdheid discretionair is vormgegeven, zodat de NZa, zo mag worden aangenomen, prioriteiten kan stellen voor het gebruik ervan. Daarnaast verplicht artikel 18 lid 4 de NZa om in het kader van het AMM-regime zich te richten naar de interpretatie die de NMa geeft aan vergelijkbare begrippen uit de Mw. Zoals uit de vorige

---

<sup>139</sup> Zie randnummer 24 van Beleidsregel AL/BR-100.069 van de NZa betreffende Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg.

<sup>140</sup> Zie paragraaf 1.1 van de Toelichting op de beleidsregel AMM van de NZa.

<sup>141</sup> Zie paragraaf 3.5.1 en 3.6 van de Toelichting op de beleidsregel AMM van de NZa.

<sup>142</sup> C.C. Meijer, Beleidsregel AMM in de zorg - een groeiemodel, *Markt en Mededinging* 2007, p. 220.

<sup>143</sup> Zie randnummers 11-15 van deze beleidsregel.

<sup>144</sup> Zie de definitie die het Hof van het begrip economische machtspositie gaf in het arrest in zaak 27/76, *United Brands*, Jur. 1978.

<sup>145</sup> Zie de Memorie van Toelichting bij de WMG, Kamerstukken II 2004-2005, 30 186, nr. 3, p. 20 en 21.

<sup>146</sup> Zie W. Sauter, Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg, *Markt en Mededinging* 2007, p. 8.



paragraaf reeds bleek, worden deze Mw-begrippen primair economisch ingevuld door de NMa.

Overigens moet in dit verband erop worden gewezen dat de AMM-bevoegdheid van de NZa overlapt met de bevoegdheid van artikel 24 Mw van de NMa om op te treden tegen economische machtsposities. Artikel 18 WMG bepaalt dat in zulke omstandigheden de uitoefening van de bevoegdheden door de NZa in beginsel voorrang heeft. Volgens artikel 18 lid 3 WMG past de NZa bij mogelijke samenloop van bevoegdheden, voor zover mogelijk, eerst haar bevoegdheden toe, alvorens de NMa gebruikt maakt van haar bevoegdheden.<sup>147</sup>

Een en ander zou kunnen betekenen dat de NZa aan het langste eind trekt, indien tussen haar en de NMa een verschil van mening bestaat over de begrippen AMM en economische machtspositie. In dit verband moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat in Nederland de NMa de Europese mededingingsregels toepast, waaronder artikel 82 EG, dat ondernemingen verbiedt misbruik te maken van een economische machtspositie, waardoor de tussenstaatse handel wordt beïnvloed. Artikel 3 lid 1 Verordening 1/2003 (reeds aangehaald) schrijft voor dat in geval van een effect op de handel tussen de lidstaten een nationale mededingingsautoriteit verplicht is om artikel 82 EG (of artikel 81 EG) toe te passen. Deze regel van Europees recht heeft uiteraard voorrang boven artikel 18 WMG. Derhalve kan niet worden betoogd dat de bevoegdheden van de NMa altijd moeten wijken voor die van de NZa. Om strijdige bevoegdheidsuitoefening te voorkomen, hebben de NZa en de NMa een Samenwerkingsprotocol afgesloten.<sup>148</sup> Wederzijdse consultatie moet conflicten voorkomen.

## **5.2 De rol van de NZa bij de beoordeling van zorgfusies door de NMa**

In de zorgsector heeft de NMa de bevoegdheid om fusies te beoordelen. Zoals reeds uiteengezet is, moet de NMa fusies tussen zorginstellingen (indien hun omzet een bepaalde drempel overschrijdt) onderzoeken.

Het zojuist aangehaalde Samenwerkingsprotocol voorziet in dat verband in een rol van de NZa. Op basis van artikel 9 lid 1 van dit protocol zal de NMa in geval van een fusie in de zorgsector de NZa verzoeken een zienswijze af te geven. Het tweede lid ervan bevat de belofte dat de NMa rekening zal houden met de zienswijze van de NZa. In haar Richtsnoeren voor de zorgsector heeft de NMa aangegeven dat, indien zij afwijkt van de zienswijze van de NZa, zij dit gemotiveerd zal doen.<sup>149</sup>

De NZa heeft dus enige invloed op de toepassing van de concentratieregels op zorgfusies. Indien echter een zorgfusie een communautaire dimensie heeft, is de Commissie en niet de NMa bevoegd. Ten aanzien van zulke (zeer grote) zorgfusies beschikt de NZa niet over het recht om geconsulteerd te worden.

Van de mogelijkheid om zienswijzen in fusiezaken naar voren te brengen, heeft de NZa reeds verschillende malen gebruik gemaakt. In de in paragraaf 4 geanalyseerde NMa-fusiebesluiten is regelmatig melding gemaakt van de zienswijze van de NZa op de desbetreffende fusie.

Als de NZa opmerkingen indient, worden deze vermeld in de fusiebesluiten. De NMa geeft evenwel een betrekkelijk korte samenvatting van de zienswijze van de NZa.

Als vertrekpunt voor haar opmerkingen neemt, zo blijkt uit de door de NMa gegeven samenvattingen, de NZa, evenals bij haar beleid met betrekking tot de AMM, de

---

<sup>147</sup> Van deze voorrangsregel kan worden afgeweken, indien overwegingen van efficiëntie (of van andere aard) ertoe leiden dat beter de NMa het voortouw kan nemen dan wel dat een gezamenlijk optreden van de NMa en NZa de voorkeur verdient.

<sup>148</sup> Zie het Protocol van 10 oktober 2006 tussen de NMa en de NZa over de wijze van samenwerken bij aangelegenheden van wederzijds belang.

<sup>149</sup> Zie randnummer 225 van de Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa.

“publiekebelangenkwaliteit”. Opvallend is dat de NZa vaker haar standpunt naar voren brengt in zaken betreffende fusies van ziekenhuizen dan ingeval van AWBZ-instellingen.

De NZa heeft een aantal keren geïntervenieerd in zaken op het terrein van ziekenhuisconcentraties. In de zaak over de fusie tussen de ziekenhuizen in Het Gooi<sup>150</sup> heeft de NZa naar voren gebracht dat het moeilijk was om in te schatten of de ziekenhuizen die in de buurt van de fusiepartners zijn gevestigd, voldoende concurrentiedruk uitoefenen. Volgens de NZa waren onvoldoende gegevens beschikbaar om deze conclusie te kunnen trekken. Zoals uit paragraaf 4 bleek, heeft de NMa uiteindelijk wel een vergunning voor deze fusie verleend.

In de zaak over de Zeeuwse ziekenhuizen<sup>151</sup> stelde de NZa over onvoldoende gegevens te beschikken teneinde de relevante geografische markt af te bakenen. Wel bracht zij naar voren dat de markt zeer geconcentreerd zou worden ten gevolge van de voorgenomen concentratie tussen de beide ziekenhuizen. Uiteindelijk heeft de NMa de fusie niet toegestaan.

In de zaak MCA-Gemini<sup>152</sup> gaf de NZa aan dat de aan de orde zijnde fusie tussen ziekenhuizen er niet toe zou leiden dat patiënten in de desbetreffende regio over onvoldoende alternatieven voor hun zorgvraag zouden beschikken. Voorts was de NZa van mening dat de kans niet groot was dat de schaalgrootte, waartoe de fusie aanleiding zou geven, zou leiden tot negatieve gevolgen voor de “publiekebelangenkwaliteit”. De NMa heeft in haar besluit de fusie niet tegengehouden.

Ook ten aanzien van sommige zaken betreffende fusies van instellingen actief op het terrein van de AWBZ-zorg heeft de NZa haar zienswijze naar voren gebracht. In de zaak betreffende de fusie tussen Zorggroep Meander en Zorggroep Thuis<sup>153</sup> gaf de NZa aan geen problemen te zien. De marktstructuur zou door de aan de orde zijnde concentratie niet zodanig worden gewijzigd dat de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid in gevaar zouden komen.

In de zaak van de fusie tussen Zorggroep West- en Midden-Brabant en Amarant<sup>154</sup> constateerde de NZa evenals de NMa concurrentieproblemen. De hoeveelheid door de NZa in kaart gebrachte negatieve gevolgen van de concurrentie lag echter hoger dan die vastgesteld door de NMa. Zo was de NZa bang dat de fusie zou leiden tot conglomeraatseffecten. Hierdoor zou met name de onderhandelingspositie van de fusieonderneming met het zorgkantoor verstevigd worden. De NMa wees deze opvatting gemotiveerd af. De bewijslast voor het bestaan van conglomeraatseffecten ligt hoog volgens de NMa. Onder andere moet worden aangetoond dat gereede kans bestaat dat de fusieonderneming via het inkoopproces machtsposities die zij reeds heeft, kan uitbreiden naar andere markten. Het dossier bevatte geen gegevens die bevestigden dat dit scenario zich waarschijnlijk zou voordoen. Daarnaast vreesde de NZa dat betrokken partijen op de markt voor huishoudelijke verzorging in Midden-Brabant een zodanig sterke positie zouden verkrijgen dat dit nadelig zou zijn voor publieke belangen als betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit. Op basis van mededingingsoverwegingen, te weten de geringe toevoeging van de marktaandelen van Amarant aan de positie van West- en Midden-Brabant op deze markt, zag de NMa echter geen problemen. Vergelijkbare standpunten namen de NMa en de NZa in voor de markt voor begeleiding in Midden-Brabant. Uiteindelijk stond de NMa de fusie niet toe, zij het niet op volledige dezelfde gronden als aangedragen door de NZa.

---

<sup>150</sup> Zie het Besluit van de NMa in zaak 3897, Ziekenhuis Hilversum van 8 juni 2005.

<sup>151</sup> Zie het Besluit van de NMa in zaak 5196, Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen van 18 november 2005.

<sup>152</sup> Zie randnummer 46 van het Besluit van de NMa in zaak 5886, MCA-Gemini van 13 september 2007.

<sup>153</sup> Zie het besluit van de NMa in zaak 5518, Zorggroep Meander-Zorggroep Thuis van 13 april 2006.

<sup>154</sup> Zie het Besluit van de NMa in zaak 5082, Zorggroep West- en Midden-Brabant –Amarant van 11 juli 2006.

In de zaak Pantein-STBNO<sup>155</sup> hadden partijen voorgesteld een aantal activiteiten af te stoten om zo de mededingingsproblemen op te lossen. De NZa had in haar zienswijze aangegeven dat dit voorstel inderdaad de negatieve gevolgen voor de publieke belangen leek weg te nemen. De NMa was eveneens van oordeel dat het voorstel de concurrentieproblemen kon oplossen en keurde de fusie uiteindelijk onder bepaalde voorwaarden goed.

Tot slot heeft de NZa met betrekking tot de voorgenomen fusie tussen Evean, Philadelphia en Woonzorg Nederland zienswijzen afgegeven, waaruit volgt dat de NZa ten aanzien van de verticale relatie tussen de activiteiten van Evean en Philadelphia en de activiteiten van Woningzorg Nederland nadelige gevolgen voorziet voor de publieke belangen kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid. De ingediende wijziging van de melding doet hieraan niet af. Volgens de NZa kan niet worden uitgesloten dat de voorgenomen fusie deze belangen zal schaden. In dat verband gaat de NZa uit van een ‘worst case scenario’, waarbij alle thans door Woonzorg aan concurrenten verhuurde woonruimte in de toekomst aan Evian en/of Philadelphia zal worden verhuurd. Hierdoor bestaat volgens de Nza de mogelijkheid dat partijen na de fusie in een aantal geografische markten van met name verzorgingshuiszorg hun marktaandeel kunnen uitbreiden tot 40-50%.<sup>156</sup> Ook wijst de NZa op de druk die grote zorgaanbieders door het volume aan zorg dat zij vertegenwoordigen kunnen uitoefenen op het zorgkantoor. De NMa deelt deze bezwaren echter niet en is van oordeel dat gelet op de tijd die het fusiepartijen zal kosten om een dergelijk scenario te realiseren, de mogelijkheden zullen toenemen voor de betrokken zorgkantoren en de betrokken zorgaanbieders om hun strategie aan te passen en naar alternatieven te zoeken. Ook de NMa heeft een ‘worst case scenario’ analyse uitgevoerd, waaruit is gebleken dat in alle door de NZa genoemde gebieden meerdere, van fusiepartijen onafhankelijke, concurrenten actief zijn, die deel uitmaken van een zorggroep die beschikt over meerdere locaties binnen en/of buiten de betrokken gebieden. De zienswijzen van de NZa vormen aldus geen aanleiding voor de NMa om de fusie niet toe te staan.

Uit het voorgaande blijkt dat de NZa in een aantal fusiezaken uitdrukkelijk is ingegaan op de vraag of de voorgenomen concentratie de marktstructuur zodanig wijzigt dat dit nadelige gevolgen heeft voor de “publiekebelangenkwaliteit”, te weten, kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg. Het is echter de vraag in welke mate de NMa met deze criteria rekening kan houden. De Mededingingswet draagt de NMa op om te onderzoeken of de aangemelde concentratie aanleiding geeft tot een significante beperking van de mededinging, met name door het in leven roepen of versterken van een economische machtspositie.<sup>157</sup> De NMa kan alleen fusies verbieden op grond van dit criterium. Overwegingen die louter aan zorgdoelstellingen zijn gerelateerd en dus niet verband houden met overwegingen van mededinging kunnen geen reden voor de NMa zijn om zich te verzetten tegen een fusie: zij is nu eenmaal niet de marktmeester in zorg.<sup>158</sup> Illustratief in dat opzicht is het verschil in zienswijze in de zaak betreffende de fusie tussen Zorggroep West- en Midden-Brabant en Amarant en in de zaak over de fusie tussen Evean, Philadelphia en Woonzorg Nederland. De visie van de NZa dat problemen bestonden ten aanzien van de “publiekebelangenkwaliteit”, werd niet gedeeld door de NMa, die mededingingsoverwegingen als vertrekpunt voor haar beoordeling nam.

---

<sup>155</sup> Zie het Besluit van de NMa in zaak 5206, Pantein-STBNO van 27 juli 2006.

<sup>156</sup> Zie randnummer 160 van het besluit van de NMa in zaak 6141/338, Evean Groep-Philadelphia-Woonzorg Nederland.

<sup>157</sup> Zie artikel 37 lid 2 en artikel 41 lid 2 Mw.

<sup>158</sup> Zie C.C. Meijer, De NZa – autoriteit in ontwikkeling, Markt en Mededinging 2006, p. 186 en 187.

## 6. Conclusies

In de voorafgaande paragrafen is onderzocht in hoeverre de zorgfusietoets in overeenstemming is met het Europese recht. Ook is nagegaan in welke mate de NMa bij de toepassing van de Mw en de NZa bij de uitvoering van de WMG rekening houden met aspecten van kwaliteit, bereikbaarheid en beschikbaarheid van zorg.

Wat de Europeesrechtelijke houdbaarheid betreft, dient de nationale wetgever bij de vormgeving van de zorgfusietoets rekening te houden met de Concentratieverordening. Zorgfusies met een communautaire dimensie moeten bij de Commissie worden aangemeld. Krachtens het beginsel van *one stop shop* is alleen de Commissie bevoegd deze fusies te beoordelen. Dit betekent dat de lidstaten geen nationale maatregelen van fusietoezicht kunnen hanteren, tenzij zij een beroep kunnen doen op artikel 21 lid 4 Concentratieverordening. Op grond van deze bepaling mogen lidstaten fusietoezicht in het leven roepen om andere gewettigde belangen dan de mededingingsbelangen te beschermen. Onder deze gewettigde belangen valt waarschijnlijk het zorgbelang. Het is evenwel vereist dat een dergelijke nationale zorgfusietoets van tevoren wordt aangemeld bij de Commissie. Hierbij moet worden aangetoond dat de zorgfusietoets niet verder gaat dan noodzakelijk is.

Daarnaast is de kans groot dat nationale wetgeving die een zorgfusietoets invoert, het vrij verkeer van kapitaal dan wel de vrijheid van vestiging beperkt. Deze beperking kan echter gerechtvaardigd worden door een beroep te doen op dwingende vereisten van algemeen belang (*Rule of Reason*). Hierbij moet kunnen worden aangegeven dat deze toets noodzakelijk is met het oog op de bereikbaarheid en beschikbaarheid van zorg. Duidelijk moet zijn dat deze doelstellingen moeten worden gerealiseerd vanwege een zorgbelang en niet een economisch belang.

Een knelpunt bij het beroep op een rechtvaardigingsgrond is de validiteit van het planningsargument. In het verleden zijn in de Nederlandse zorgsector vergaande beperkingen op het vrije verkeer van intramurale zorgdiensten door het Hof geaccepteerd, omdat deze zorg onderhevig was aan planning door de Nederlandse overheid. Door de toenemende liberaliseringstendens wordt er echter steeds minder gepland door de overheid. De vraag rijst wanneer in de visie van het Hof het planningsargument niet meer opgaat. Indien in een procedure het Hof tot de conclusie komt dat dit het geval is, dan zal de conclusie waarschijnlijk luiden dat de beperking van het vrije verkeer door de zorgfusietoets niet gerechtvaardigd is. De nationale regeling, waarin deze zorgtoets is vastgelegd, staat dan op gespannen voet met het Europese recht. Het hoeft geen betoog dat mogelijke strijdigheid met het Gemeenschapsrecht de zorgfusietoets kwetsbaar maakt. Het verdient daarom aanbeveling om na te gaan in welke mate bij het proces van de voortschrijdende marktwerking in de zorg toch niet een zekere regierol bij de overheid zou moeten blijven liggen. Indien dit mogelijk is, dan is de kans groter een beroep op het planningsargument slaagt en dat de beperking van het vrije verkeer derhalve gerechtvaardigd is.

Wat de rol van de NMa betreft, moet erop worden gewezen dat deze autoriteit op basis van de Mw toezicht uitoefent op voorgenomen fusies in de zorg. Sinds enige jaren leidt dit tot een brede beschikkingenpraktijk ten aanzien van enerzijds fusies tussen Nederlandse AWBZ-instellingen en anderzijds fusies tussen Nederlandse ziekenhuizen. Uit een analyse van deze zorgfusiebesluiten volgt dat de NMa tot dusver in haar fusietoets eerst en vooral als uitgangspunt het economische criterium van de significante beperking van de mededinging hanteert. Het al dan niet goedkeuren van een fusie hangt dan ook in sterke mate af van de constatering of andere ziekenhuizen of AWBZ-instellingen in de (nabije) omgeving als alternatief kunnen dienen voor de fusierende ondernemingen. De NMa kan zich hierdoor niet volledig richten op zorgaspecten als bereikbaarheid en beschikbaarheid. In het kader van de geografische marktafbakening komen niettemin deze zorgaspecten soms -weliswaar indirect-

aan bod. Deze zorgaspecten lijken de geografische markt op te rekken, in die zin dat de reisbereidheid bij patiënten naar een ander, verder gelegen ziekenhuis toeneemt, naarmate de kwaliteit van de ziekenhuiszorg in één van de fusieziekenhuizen afneemt. Vanuit de economische literatuur is kritiek uitgeoefend op de wijze waarop de NMa de (geografische) markt afbakt, omdat de NMa te weinig rekening zou houden met de heterogeniteit<sup>159</sup> van het aanbod van ziekenhuizen en de vraag van patiënten, terwijl ook te snel geconcludeerd zou zijn dat patiënten bereid zijn om te reizen voor zorg.<sup>160</sup> In het midden kan blijven in hoeverre deze kritiek gefundeerd is. De aangevoerde argumenten kunnen immers alleen een rol spelen in het mededingingsrechtelijke kader voor de beoordeling van de marktafbakening. Vanuit economisch perspectief zou betoogd kunnen worden dat een andere (meer enge) definitie van de markt meer recht doet aan de werkelijke concurrentieverhoudingen. Centraal blijft dan nog steeds staan de vraag of na de fusie voldoende concurrentiedruk overblijft. De NMa zal de kwestie van de keuzemogelijkheden waarover patiënten/consumenten beschikken, onderzoeken vanuit het perspectief van de concurrentie. Nagegaan zal worden of er nog voldoende concurrentiedruk is na de fusie. Bij dit onderzoek zijn zorgbelangen als bereikbaarheid, beschikbaarheid en kwaliteit niet doorslaggevend. Bij de uitoefening van haar bevoegdheid moet de NMa immers in acht nemen het (op het Europese mededingingsrecht geënte) criterium van significante beperking van de mededinging. Afgewacht moet worden of in de toekomst de NMa op basis van economische en mededingingsrechtelijke criteria de markt enger zal afbakenen tengevolge van geuite kritiek en/of procedures. Naar onze mening zou de NMa evenwel de grenzen van haar bevoegdheden overschrijden, indien zij fusies van zorginstellingen hoofdzakelijk zou beoordelen aan de hand van zorgbelangen. De introductie van marktwerking kan ertoe leiden dat zorginstellingen streven naar schaalvergroting. De NMa, die het goede verloop van het concurrentieproces bewaakt, kan een dergelijke schaalvergroting alleen tegenhouden, indien hierdoor de mededinging dreigt te worden beperkt.

De NZa kan het voorgaande thans niet volledig compenseren. Ondanks het bestaande juridische instrumentarium zoals de bevoegdheid betreffende Aanmerkelijk Marktmacht (AMM) en het afgeven van een zienswijze in het kader van een fusietoets, kan de NZa de problemen van bereikbaarheid en beschikbaarheid slechts deels oplossen. In de eerste plaats spelen zorgaspecten in het kader van de AMM-bevoegdheid een ondergeschikte rol, aangezien de NZa wat betreft de toepassing hiervan aansluiting zoekt bij de primair economische benadering als gehanteerd door de NMa. In de tweede plaats rijst de vraag in hoeverre de “publiekbelangenkwaliteit” en andere zorgdoelstellingen, die in de zienswijze van de NZa centraal staan, door de NMa in haar mededingingstoets kunnen worden meegenomen. Alles overziend, is het bestaande markttoezicht niet in staat om volledig rekening te houden met de belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg. Indien zorgfusies op deze belangen zouden moeten worden getoetst, dient speciale wetgeving te worden ingevoerd. Indien hiertoe wordt overgegaan, zou kunnen worden onderzocht in hoeverre artikel 5d lid 2 Mw, dat nu alleen verwijst naar de uitzondering op het kartelverbod en andere belangen dan economische belangen, eveneens zou moeten verwijzen naar het concentratietoezicht. Ondanks het feit dat de NMa slechts bevoegd is om voorgenomen fusies te toetsen en aansluitend een vergunning te verlenen, kan de Minister van EZ op basis van artikel 5d lid 1 Mw beleidsregels in het leven roepen die betrekking hebben op de aan de NMa toegekende bevoegdheden. Artikel 5d lid 2 Mw bepaalt dat deze beleidsregels betrekking kunnen hebben op niet-economische belangen voorzover het de toepassing van artikel 6 lid 3

---

<sup>159</sup> Vergelijk in dit verband M. Varkevisser, C.S. Capps en F.T. Schut, *Defining hospital markets for antitrust enforcement: new approaches and their applicability to the Netherlands*, Health Economics, Policy and Law 2008, p. 13

<sup>160</sup> Zie M. Varkevisser en E. Schut, *NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies*, ESB 2008, p. 198

Mw (uitzondering op kartelverbod) betreft. Indien artikel 5d lid 2 Mw gewijzigd zou worden, in die zin dat deze verwijzing naar het concentratietoezicht worden opgenomen, dan kan de Minister van EZ ook beleidsregels betreffende het concentratietoezicht en andere belangen (zoals zorg) dan economische belangen vaststellen. Hierdoor kunnen beleidsregels voor fusies in de zorg tot stand komen die het fusietoezicht in deze sector versterken.

Bij de vormgeving van specifieke wetgeving voor een zorgfusietoets zou overigens gekeken kunnen worden naar de Tijdelijke wet mediaconcentratie,<sup>161</sup> welke uitgevoerd wordt door de NMa. Deze wet verbiedt bepaalde mediaconcentraties waarvan het gebruiksmarktaandeel meer dan 35% op de gebruikersmarkt voor dagbladen bedraagt. Ook mediaconcentraties die betrekking hebben op gebruikersmarkten voor dagbladen, televisieprogramma's of radioprogramma's zijn verboden, indien de som van de gebruiksmarktaandelen van de betrokken markten hoger dan 90% is. Op deze wijze zijn de belangen van de pluriformiteit en de onafhankelijkheid van de nieuws- en informatievoorziening<sup>162</sup> 'vertaald' naar concrete percentages van marktaandelen.

Overwogen kan worden om vergelijkbare wetgeving te ontwikkelen voor zorgfusies en de genoemde belangen van bereikbaarheid, beschikbaarheid en kwaliteit van de zorg. Om echter te voorkomen dat deze wetgeving in strijd komt met het Europese recht, moet overwogen worden of een bepaalde mate van overheidsregie en planning in de Nederlandse zorg in stand moet blijven.

---

<sup>161</sup> Stb 2007, 204.

<sup>162</sup> Vergelijk Kamerstukken II 2006-2007, 30 921, nr. 3, p. 1

## Literatuurlijst

### Boeken/ artikelen

W.T. Algera en J.J.M. Sluijs, *Marktordening in de gezondheidszorg*, SEW 2007, nr. 5, p.177-190.

R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, twaalfde geheel herziene druk, Deventer, 2006.

C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, tweede druk, 2007.

C.C. Meijer, De NZa – autoriteit in ontwikkeling, *Markt en Mededinging* 2006, nr. 6, p. 183-188.

C.C. Meijer, *Beleidsregel AMM in de zorg - een groeimodel*, *Markt en Mededinging* 2007, nr. 8, p. 219-225.

J.W. van de Gronden en S.A. de Vries, *Independent competition authorities in the EU*, *Utrecht Law Review* 2006.

J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, uitgave van het WI van het CDA, Den Haag, 2003.

V.G. Hatzopoulos, *Killing national Health and Insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the Judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, *Common Market Law Review* 2002, p. 683-729.

A. Jones en B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008.

E. Mossialos, M. McKee, W. Palm, B. Karl en F. Marhold, *The influence of EU law on the social character of health care systems in the European Union, Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union*, Brussels, 19 November 2001.

S. Sahmer, *Krankenversicherung in Europa: Die wettbewerbsrechtliche Stellung der Kranken- und Pflegeversicherungsträger in Bereich der freiwilligen Versicherung*, in: 8. *Bonner Europa-symposium. Die Krankenversicherung in der Europäischen Union*, Bonn, 1997.

W. Sauter, *Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg*, *Markt en Mededinging* 2007, nr. 1, p. 3-14.

H.M. Stergiou, *Op één been kan men niet lopen. Het arrest Watts een stap dichterbij harmonisatie van patiëntenmobiliteit?* *Nter* 2006 nr. 10, p. 219-226.

H.M. Stergiou, *“Kalimera” dear doctor: het arrest Stamatelaki en andere recente ontwikkelingen op het terrein van grensoverschrijdende patiëntenmobiliteit*. *Nter* 2007 nr. 11, p. 238-245.

E. Steyger, *Europese zaken in de zorg: een sociaal stelsel met tochtgaten?*, in: J.H. Hubben en L.A.M. van Zenderen (red.), *Het Stelsel voorbij? Sturingsperikelen in de gezondheidszorg, en jurisprudentie-overzicht*, Den Haag, 2002.

S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market. The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen, 2006.

M. Varkevisser, C.S. Capps en F.T. Schut, *Defining hospital markets for antitrust enforcement: new approaches and their applicability to the Netherlands*, Health Economics, Policy and Law 2008, p. 7-29

M. Varkevisser en E. Schut, *NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies*, ESB 2008, p. 196-199

### NMa-fusiebesluiten

#### *Ziekenhuisfusiebesluiten*

Het besluit van de NMa van 5 juni 1998 in zaak 165, Sophia Ziekenhuis-Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden.

Het besluit van de NMa van 20 augustus 1998 in zaak 1000, Drechtsteden Ziekenhuis-Merwedeziekenhuis.

Het besluit van de NMa van 10 september 1998 in zaak 1013, Stichting Twenteborg Ziekenhuis-Stichting Streekziekenhuis Midden-Twente.

Het besluit van de NMa van 31 januari 2000 in zaak 1675, Stichting Samenwerkende Ziekenfondsen.

Het besluit van de NMa van 18 augustus 2000 in zaak 346, Intrakoop Coöperatieve Inkoopvereniging voor gezondheids- en seniorenzorg.

Het besluit van de NMa van 24 augustus 2000 in zaak 1756, AZG-Beatrixoord.

Het besluit van de NMa van 4 oktober 2000 in zaak 2090, Pasteurziekenhuis Ignatiusziekenhuis De Baronie.

Het besluit van de NMa van 14 maart 2002 in zaak 2877/17, Sint Antonius Ziekenhuis-Mesos Medisch Centrum.

Het besluit van de NMa van 24 juli 2001 in zaak 2589, Diaconessenziekenhuis- Sint Josephziekenhuis.

Het besluit van de NMa Van 10 januari 2001 in zaak 2197, Stichting Samenwerkende Ziekenhuizen.

Het besluit van de NMa van 28 januari 2004 in zaak 3524/47, Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis-Leyenburg Ziekenhuis



Het besluit van de NMa van 15 juli 2004 in zaak 3897/45, Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord (meldingsfase).

Het besluit van de NMa van 8 juni 2005 in zaak 3897/156, Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord (vergunningfase).

Het besluit van NMa van 8 juni 2005 in zaak 5047/34, Erasmus MC-Havenziekenhuis.

Het besluit van de NMa van 18 november 2005 in zaak 5196/47, Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen.

Het besluit van de NMa van 19 februari 2007 in zaak 5935/14, Laurentius Ziekenhuis Roermond-St. Jans Gasthuis.

Het besluit van de NMa van 19 juli 2007 in zaak 6115/14, Stichting Schiedamse en Vlaardingse Ziekenhuizen-Medisch Centrum Rijnmond-Zuid.

Het besluit van de NMa van 13 september 2007 in zaak 5886/27, MCA-Gemini.

Het besluit van de NMa van 29 februari 2008 in zaak 6260/36, Groene Hart Ziekenhuis-Zorgpartners Midden-Holland.

Het besluit van de NMa van 1 april 2008 in zaak 6141/338, Evean Groep-Philadelphia-Woonzorg Nederland.

#### *Fusiesbesluiten in de AWBZ-sector*

Het besluit van de NMa van 31 juli 1998 in zaak 47, RAI-Jaarbeurs.

Het besluit van de NMa van 7 maart 2005 in zaak 4245, Vizier-De Wendel.

Het besluit van de NMa van 11 augustus 2005 in zaak 4198, Proteion-TML-LvGG.

Het besluit van de NMa van 27 juni 2005 in zaak 4220, Vierstroom-DeZorgRing.

Het besluit van de NMa van 18 augustus 2005 in zaak 4988/23, Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire.

Het besluit van de NMa van 21 oktober 2005 in zaak 5171, Antaris-Amstelrade-Fontis.

Het besluit van de NMa van 21 oktober 2005 in zaak 5178, KVV-NZR.

Het besluit van de NMa van 15 november 2005 in zaak 5129, De Spromen-Opmaat.

Het besluit van de NMa van 16 november 2005 in zaak 5186, Carint-Reggeland

Het besluit van de NMa van 13 april 2006 in zaak 5518, Zorggroep Meander-Zorggroep Thuis.

Het besluit van de NMa van 24 mei 2006 in zaak 5603, Zorggroep Noord-Limburg-TML-LvGG.

Het besluit van de NMa van 25 september 2006 in zaak 5603, Zorggroep Noord-Limburg-TML-LvGG.

Het besluit van de NMa van 11 juli 2006 in zaak 5082, Zorggroep West- en Midden-Brabant –Amarant.

Het besluit van de NMa van 27 juli 2006 in zaak 5206, Pantein-STBNO.

Het besluit van de NMa van 7 augustus 2006 in zaak 5705, Zorggroep Amsterdam-Tabitha-De kleine Johannes.

#### Wet- en regelgeving/overige documenten

Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, Pb 199 C 372.

Beleidsregel AL/BR-100.069 van de NZa betreffende Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg.

Kamerstukken II, 2006/2007, 27 659, nr. 84.

Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, Kamerstukken 1995-1996, 24 707, nr. 3.

NMa Richtsnoeren voor de Zorgsector d.d. 10 december 2007.

NMa Visiedocument AWBZ-zorgmarkten nr. 3130/66, januari 2004.

NZa Oriënterende monitor Ziekenhuiszorg. Analyse van de onderhandelingen over het B-segment in 2005.

NZa Visiedocument ziekenhuiszorg. Analyse en aanbevelingen voor concurrentie in het B-segment, februari 2005.

Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, Pb. 1988, L 178/5.

Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2003 L1/1.

Verordening 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 2004 L24/1.

Richtlijn 2006/123/EG van het Europese Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, Pb EU 2006, L376/36.