

REACTIE CONSULTATIE

Besluit lagere omzeldrempels concentraties in de zorg

Omzeldrempels toetsing zorgfusies ACM: hoe kan het doelgerichter?

8 augustus 2017



I. INLEIDING

- (1) In de zorg dient een fusie of overname al snel te worden gemeld bij de Autoriteit Consument en Markt ("ACM"). Dit is het gevolg van de **verlaagde omzeldrempels** vervat in het **Besluit tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen** (het "Besluit"). Het Besluit is geldig tot en met 31 december 2017. Recent is de **internetconsultatie** gestart die ziet op het **voornemen** om het **Besluit** per 1 januari 2018 voor vijf jaar te verlengen.
- (2) Wij doen hierna concrete voorstellen om te komen tot een aanpassing van het Besluit. Die aanpassingen voorzien in een zorgfusietoetsing waarbij ACM niet achter het net vist, maar tegelijkertijd anders dan nu het geval is alleen die concentraties toetst die mededingingsrechtelijk gezien relevant zijn. Op die manier worden de administratieve lasten voor zowel ACM als de betrokken ondernemingen die inherent zijn aan de huidige wijze van toetsen van zorgfusies verlaagd.

II. HUIDIGE DREMPELS ACM-TOETSING IN DE ZORG

- (3) In 2007 was de reden om verlaagde omzeldrempels voor de zorgsector in te voeren de vrees dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") in de zorg bepaalde fusies, overnames of joint ventures niet effectief kon toetsen. Zorgaanbieders die bij een fusie, overname of het creëren van een gemeenschappelijke onderneming onder de **reguliere omzeldrempels** bleven, zouden zonder toetsing door de NMa ongehinderd de mededinging kunnen beperken. Die vrees leeft nog steeds en dat verklaart het **voornemen** om het **Besluit** per 1 januari 2018 met vijf jaar te verlengen.
- (4) Wanneer het Besluit, zoals nu voorgesteld, wordt verlengd dan gelden in ieder geval tot 2023 in de zorg de volgende omzeldrempels. Een concentratie in de zin van de Mededingingswet dient bij ACM te worden gemeld als de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar in Nederland: (i) gezamenlijk een omzet van EUR 55 miljoen hebben gehaald en, (ii) ten minste twee betrokken ondernemingen ieder een omzet van EUR 10 miljoen hebben gehaald, waarvan (iii) meer dan EUR 5,5 miljoen met het verlenen van zorg. Hierbij geldt dat dit niet alle zorg betreft, maar in ieder geval wel zorg die wordt verleend op basis van de **Zvw**, **Wlz** en bepaalde **Wmo**-zorg.

III. DUBBELE TOETSING EN FILING FEE

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

IV. KIES VOOR EEN VRIJWILLIG REGIME

- (7) Het is mogelijk om een meer proportionele benadering bij fusietoetsing door ACM te kiezen. Denkbaar is de introductie van een regime waarbij sprake is van een optie voor de betrokken partijen om te melden wanneer bepaalde omzeldrempels worden gehaald ("vrijwillig meldingsregime").



- (8) In het **Verenigd Koninkrijk** geldt een dergelijk vrijwillig regime al jaren en wordt zelfs **overwogen** de relevante omzetcategorieën te verhogen. De praktijk in het Verenigd Koninkrijk leert dat bij een vrijwillig meldingsregime het melden van zorgfusies die de mededinging significant kunnen beperken, zoals een ziekenhuisfusie in dezelfde stad, niet achterwege blijft. Daarbij moet worden aangetekend dat de mededingingsautoriteit in het Verenigd Koninkrijk ("**CMA**") een stok achter de deur heeft. Wordt een transactie die de omzetcategorieën haalt en een significante beperking van de mededinging teweeg brengt niet bij CMA gemeld, dan is CMA bevoegd maatregelen te treffen. CMA kan in dat geval **hold separate** maatregelen opleggen om (verdere) integratie van de fusierende ondernemingen te voorkomen maar de betrokken ondernemingen ook dwingen delen van hun gefuseerde onderneming af te stoten.
- (9) De wetenschap dat CMA een stok achter de deur heeft en het gegeven dat fusies van concurrenten de nodige aandacht trekken van afnemers en concurrenten, waarborgt in het Verenigd Koninkrijk een effectief fusietoezicht. Het niet vrijwillig melden van een concentratie die de omzetcategorieën haalt en op mededingingsbezwaren stuit, is zoals CMA het zelfs **stelt** een riskante aanpak. Dat een vrijwillige meldingsregime ook werkt in de zorg blijkt onder andere uit het feit dat zorgfusies zoals de ziekenhuisfusies in **Manchester** (2017) en **Surrey** (2015) vrijwillig worden gemeld bij CMA.
- (10) Wij menen dat een vrijwillig meldingsregime voor de zorg in Nederland goed zal kunnen werken. Dit niet alleen omdat ACM de afgelopen ruim tien jaar in tal van segmenten van de zorg **besluiten** nam ten aanzien van zorgfusies en er daarmee ruim voldoende precedents (zie **hier**) zijn. Zou er ondanks de talloze precedents twijfel zijn over vraag of ACM een bepaalde transactie goedkeurt dan kunnen de betrokken ondernemingen een (pre-notificatie)gesprek met ACM kunnen voeren. Zo'n gesprek kan uitgaande van een vrijwillig meldingsregime gelegenheid bieden de vraag te beantwoorden of er inderdaad sprake is van een zorgconcentratie die ACM wenst te toetsen.
- (11) Daarnaast is er uiteraard ook nog de fase die aan dit geheel voorafgaat: de **zorgspecifieke fusietoets**. Bij die toets gelden uitermate lage drempels en die toets zal ook na de beoogde **overheveling** van de NZa naar ACM blijven gelden (dat dit ook anders kan, lichten wij **hier** toe). Mede in het kader van de zorgspecifieke fusietoets zijn de betrokken ondernemingen gehouden de zorginkopers te informeren over hun voorgenomen fusie, overname of joint venture. Maken zorginkopers of andere stakeholders (desgevraagd) kenbaar tegenstander te zijn van de beoogde concentratie dan is dat een duidelijk **signaal** voor de betrokken ondernemingen. Mochten de betrokken ondernemingen, uitgaande van een vrijwillig meldingsregime, desondanks hun plannen willen doorzetten dan is het niet verstandig dat te doen zonder vrijwillige melding bij ACM wanneer zij de verlaagde omzetcategorieën halen.
- (12) Kortom, wanneer ACM net als CMA voorzien wordt van een stok achter de deur dan is een vrijwillig meldingsregime in de zorg te introduceren zonder dat ACM daarbij achter het net zal vissen.

V. KIES VOOR MEER DOELGERICHTE DREMPELS

- (13) Hoewel NMa/ACM geregeld de aanpak van OFT/CMA volgt (zoals **hier** en **hier** over sportscholen en **hier** en **hier** over reisprijzen), steekt het ministerie van Economische Zaken ("EZ") daar in dit geval een stokje voor. EZ kiest vooralsnog niet voor de introductie van een vrijwillig meldingsregime maar stelt nu **voor** de huidige verlaagde omzetcategorieën met vijf jaar te verlengen. Daarbij tekent EZ aan binnen twee jaar te bezien of de verlaagde omzetcategorieën in de zorg een permanente status in de **Mededingingswet** kunnen krijgen.
- (14) Ook als een vrijwillig meldingsregime wordt gezien als stap te ver, is het nu eenvoudig mogelijk om een meer doelgerichte toetsing van zorgfusies te kiezen. Zo zijn de verlaagde omzetcategorieën in de

zorg te handhaven, maar het is tegelijkertijd mogelijk om transacties die de mededinging evident niet beperken daarvan uitzonderen.

- (15) Denkbaar is om aan het **Besluit** toe te voegen dat de verlaagde omzetcategorieën alleen gelden voor transacties: (i) waarbij sprake is van overlappende activiteiten van de betrokken ondernemingen en (ii) waarbij de betrokken ondernemingen door de concentratie op enige markt een gezamenlijk marktaandeel van minimaal 25 procent bereiken. Ook is het denkbaar om alle concentraties van zorgaanbieders die als gevolg van hun concentratie op geen enkele markt een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 25 procent verwerven uit te zonderen van het Besluit. Immers ook in die gevallen is van de concentratie geen significante beperking van de mededinging te verwachten. ACM hanteert het criterium van 25 procent gezamenlijk marktaandeel zelf ook al. Tot **medio 2008** gold dit als het criterium om een melding bij ACM met een verkort besluit af te doen. De huidige **ACM Uitvoeringsregel verkorte afdoening** laat ACM nog meer ruimte om bij een concentratie voor een verkort besluit te kiezen. De huidige generieke **verlaagde omzetcategorieën** voor de zorgsector, vormen voor ACM één van de redenen om meldingen in de zorg af te doen met verkorte besluiten. Er zijn over de afgelopen 10 jaar geen gevallen bekend waarbij ACM een zorgfusie met een verkort besluit afdeed en nadien bleek dat door die fusie toch sprake was van een significante beperking van de mededinging.
- (16) Kortom, het is mogelijk om zorgconcentraties die voorzienbaar geen significante beperking van de mededinging met zich brengen met enkele eenvoudige bepalingen uit te zonderen van het Besluit.

VI. HOUD DE RATIO BIJ DREMPELVERLAGING IN HET OOG EN KOM TOT LASTENVERLICHTING IN DE ZORG

- (17) Waarom komen wij met dit voorstel? Nu dienen ook transacties in de zorg waarbij voorzienbaar geen sprake is van een significante beperking van de mededinging te worden gemeld bij ACM.
- (18) Een voorbeeld is een investeringsmaatschappij die een belang in een kraamzorgaanbieder verwerft en reeds zeggenschap heeft over een verslavingszorgaanbieder. Bij deze transactie is er voorzienbaar geen inhoudelijke overlap, laat staan een mededingingsrechtelijk probleem te verwachten. Een ander voorbeeld. De investeringsmaatschappij heeft zeggenschap over een kraamzorgaanbieder die alleen actief is in een wezenlijk ander deel van Nederland dan waar de andere te verwerven kraamzorgaanbieder actief is. Deze twee kraamzorgaanbieders concurreren niet met elkaar (er is geen geografische overlap van de relevante activiteiten van de betrokken zorgaanbieders). Gezien deze vooraf kenbare feiten leidt ook deze transactie niet tot een significante beperking van de mededinging. Beide transacties vallen, gezien het generieke karakter van de **verlaagde omzetcategorieën**, al snel onder het bereik van het Besluit en dienen dus vooraf gemeld te worden bij ACM. Daarmee wordt het doel achter de verlaagde omzetcategorieën niet gediend. Want het is vooraf kenbaar dat ACM deze transacties goed zal keuren omdat zij niet leiden tot een significante beperking van de mededinging.
- (19) Ook bij concentraties waar wel een zekere mate van overlap tussen de betrokken zorgaanbieders is, loont het om het Besluit aan te passen zodat alleen die concentraties meldingsplichtig zijn die de mededinging ook op significante wijze zouden kunnen beperken. Dit bijvoorbeeld door de eerder genoemde grens van 25 procent gezamenlijk marktaandeel in het Besluit op te nemen.
- (20) In de zorg klinkt geregeld een roep om te komen tot verlichting van de administratieve lasten zodat er 'meer handen aan het bed beschikbaar zijn'. Hoewel die oproep reeds in 2015 bij het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport weerklank **vond**, lijkt EZ daarvoor nog niet ontvankelijk. De voorstellen in deze reactie laten zien dat ACM op kort termijn een bijdrage kan leveren aan de verlichting van de administratieve lasten in de zorg zonder dat de effectieve zorgfusietoetsing van ACM overboord gaat. Integendeel, ACM krijgt door de voorstellen de ruimte om zonder achter het

net te vissen haar capaciteit maximaal te benutten voor toetsing van zorgfusies die een significante beperking van de mededinging teweeg kunnen brengen. Kortom, als EZ wenst dat ACM met beperkte middelen effectief toezicht op de zorgsector houdt, dan is het de hoogste tijd om het Beluit aan te passen.

- (21) Uiteraard zijn wij graag bereid nadere toelichting op onze reactie op de consultatie te verschaffen.
