

Continuïteit van zorg en zorgspecifieke fusietoetsing

Mr. C.T. Dekker & prof. mr. J.G. Sijmons*

Inleiding

Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg ('Wmg'), de Wet cliëntenrechten zorg ('Wcz') en enkele andere wetten in verband met het tijdig signaleren van risico's voor de continuïteit van zorg alsmede in verband met het aanscherpen van procedures met het oog op de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg¹ lost een langlopende belofte aan het parlement in. Het principe van de zorg om de continuïteit dateert ten minste van de invoering van de afbouw van de aanbodregulering en de gegarandeerde kapitaallasten in de tariefregulering. In de brief 'Met zorg ondernemen' van 9 juli 2007 werd de filosofie van het ondernemen in de zorg in verhouding tot de thema's van kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid na de invoering van de Wet toelating zorginstellingen en de Wet marktordening gezondheidszorg nader uiteengezet.² De continuïteit van zorg dient gewaarborgd te blijven als de financiële risico's van de zorgaanbieders toenemen. De instellingen zelf, de verzekeraars en financiers moeten toezien op de continuïteit van de instelling. De overheid is daarvoor niet langer verantwoordelijk, doch slechts voor de continuïteit van zorg en dat betekent dat voldoende toegankelijke, betaalbare en kwalitatief goede zorg bereikbaar moet zijn. Het is niet aan de overheid om het voortbestaan van de oude zorgaanbieders daarbij te garanderen. Integendeel, indien de markt ten behoeve van een doelmatige zorgverlening eens flink moet worden opgeschut, *so be it*. In de zogenaamde 'Governancebrief' van de minister van 9 juli 2009 werd het thema continuïteit van zorg opnieuw behandeld.³ Gedachten over een *early warning* systeem werden overwogen, nadat in de financiële sector toch vrij onverwachts Fortis, ING en Aegon met steun van de overheid overeind gehouden moesten worden. Het is begrijpelijk dat vormen van vroege signalering de wind mee hadden tot aan gedachten over 'kliklijnen' bij de Nederlandse Zorgautoriteit ('NZa') voor cliënten en belanghebbenden aan toe. Het nieuwe wetsvoorstel gaat minder ver en het is duidelijk dat de schrik alweer enigszins uit de benen is. Inzet is namelijk dat met het nieuwe en bescheiden instrumentarium de regering toch niet langer een rol ziet om via de NZa aan steunverlening te doen om faillissementen te voorkomen. Het moet er nu toch maar van komen, dat slecht presterende zorgaanbieders daadwerkelijk failliet gaan. In het Hoofdlijnenakkoord van 4 juli 2011 tussen VWS, NVZ en ZN kwamen de bestuurders overeen dat zij 'de rug recht zouden houden' als de herschikking

* Mr. C.T. (Cees) Dekker is advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen. Prof. mr. J.G. (Jaap) Sijmons is redacteur van dit tijdschrift.

1 Kamerstukken II, 2011-2012, 33 253, nrs. 1-3.

2 Kamerstukken II, 2006-2007, 27 659 en 29 248, nr. 84.

3 Kamerstukken II, 2008-2009, 32 012, nr. 1.

toetsing

van het zorglandschap pijn zou doen, lees: indien daardoor in individuele zorgaanbieders gesneden zou moeten worden.

Drie samenhangende instrumenten moeten de continuïteit en kwaliteit gaan waarborgen. Niet alleen een *early warning*, maar tevens een zorgspecifieke fusietoetsing en de mogelijkheid van het opleggen van maatregelen als opsplitsen van een zorgorganisatie en het beëindigen van zorgverlening door een zorgaanbieder. Het is geen evenwichtig en uitgerijpt pakket wat hier aangeboden wordt aan de Kamer.

Vroegtijdige signalering

Op grond van artikel 62 Wmg kan een meldingsplicht op de zorgverzekeraar worden gelegd voor een probleem met de continuïteit van zorg. De zorgverzekeraar heeft op grond van artikel 11 Zorgverzekeringswet ('Zvw') een zorgplicht jegens zijn verzekerden. Kan hij die niet nakomen doordat de zorgaanbieders niet kunnen leveren, dan moet hij dit melden en een beroep op overmacht doen bij de NZa. Om dergelijke situaties te voorkomen zal volgens het wetsvoorstel ten aanzien van cruciale vormen van zorg de NZa met gebruikmaking van artikel 45 Wmg regels moeten kunnen stellen over de voorwaarden die de zorgverzekeraars in hun contracten met de zorgaanbieders opnemen over de signalering van risico's voor de continuïteit van de cruciale zorg. Het leek al niet aan dovemansoren gezegd, want in de inkoopvoorwaarden van de zorgverzekeraars in de zorg zijn allerlei bepalingen opgenomen, waardoor de zorgverzekeraars eerder dan via de jaarverslaggeving kennis krijgen van de financiële situatie van de zorgaanbieders. Het idee van de verplichte contractvoorwaarden steekt straks mogelijk wat bleekjes af bij de eisen die de zorgverzekeraars nu al willen stellen en waartegen de zorgaanbieders (met name de ziekenhuizen) zich teweerstellen. Vroege signalering moet niet betekenen dat de verzekeraar permanent over de schouder van het bestuur meekijkt. De dominantie van de zorgverzekeraar in de zorginkoop zorgt er in het algemeen wel voor dat deze hun belangen willen veiligstellen door zicht te houden op de continuïteit van de zorg. Dat volgt niet per se uit het stelsel, maar wel uit onze nationale constellatie, waarin enkele grote zorgverzekeringsconglomeraten de markt domineren en daardoor de nodige eisen kunnen stellen.

Mocht het toch nog misgaan – bijvoorbeeld omdat de zorgverzekeraars onvoldoende toekomst in een lokaal zorgaanbod zien om het financieel te steunen – dan komt mogelijk de vangnetstichting van overheidswege in beeld.⁴ De overheid grijpt alleen in als het gaat om cruciale zorg, zoals ambulancezorg, spoedeisende hulp, acute verloskunde en crisisopvang GGz. Nu wil ons voorkomen dat juist deze vormen van zorg zich waarschijnlijk wel mogen verheugen in steun van de verzekeraars aan de zorgaanbieders en toch wel bij hoge uitzondering hier een gat wordt geslagen in de markt. De beperkte doelstelling moet aangeven dat overigens ook maar eens pijn moet worden geleden, alvorens de overheid ingrijpt. De vangnetstichting werd eerder door de overheid ingezet bij het faillissement van dochterstichtingen van Meavita in Groningen en Den Haag.⁵ Dergelijke acties zijn dus niet meer de bedoeling. Hier moet de markt van 'bedrijvendokters' als Loek Winter (doorstart

⁴ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 253, nrs. 3, MvT, p. 8-9.

⁵ Vgl. Kamerstukken II 2010-2011, 23 235, nr. 93.

zorg ('Wmg'), de
t het tijdig signa-
het aanscherpen
g¹ lost een lang-
ntinuïteit dateert
de gegarandeerde
' van 9 juli 2007
tema's van kwali-
ing zorginstellin-
: continuïteit van
: aanbieders toene-
op de continuïteit
ch slechts voor de
vare en kwalitatief
ortbestaan van de
: ten behoefte van
be it. In de zoge-
a continuïteit van
erden overwogen,
met steun van de
ormen van vroege
ij de Nederlandse
uwe wetsvoorstel
benen is. Inzet is
g toch niet langer
en te voorkomen.
bieders daadwer-
/WS, NVZ en ZN
ls de herschikking

J.G. (Jaap) Sijmons is

gefaillieerde Zonnehuizen) haar werk maar doen. Dat maakt het overheidsinstrument wel erg smal en met terugwerkende kracht de betekenis van de vroege signalering wat mager.

Fusietoets

Met het wetsvoorstel wordt verder de toetsing van fusies of andere vormen van concentraties waarbij een of meerdere zorginstellingen betrokken zijn, aangescherpt, aldus de Memorie van Toelichting.⁶ Dit is het meest uitgewerkte deel van het wetsvoorstel en wij staan daar langer bij stil.

Zoals bekend, dienen concentraties tussen zorginstellingen met een omzet boven zekere drempels te worden gemeld bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa'). De NMa toetst of door de concentratie de mededinging niet op significante wijze wordt belemmerd. Als dat het geval is, wordt geen toestemming voor de concentratie gegeven. Het wetsvoorstel voorziet erin dat voorafgaand aan de melding een toetsing van een voorgenomen concentratie tussen zorginstellingen plaatsvindt door de NZa. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de toetsing door de NZa en de verhouding tussen die toetsing en die door de NMa op grond van de Mededingingswet.

Procedure

Op grond van het wetsvoorstel wordt het voor een zorgaanbieder verboden een concentratie als omschreven in de Mededingingswet tot stand te brengen, zonder voorafgaande goedkeuring van de NZa (artikel 49a, lid 1, Wmg). Dit verbod is niet van toepassing op een zorgaanbieder die in de regel door minder dan vijftig personen zorg doet verlenen (artikel 49a, lid 3, Wmg).⁷

Een aanvraag voor het verkrijgen van goedkeuring moet worden ingediend door de zorgaanbieder (in het geval bij de concentratie slechts één zorgaanbieder betrokken is, naast andere entiteiten), dan wel door alle betrokken zorgaanbieders gezamenlijk (artikel 49a, lid 2, Wmg).

De NZa dient binnen vier weken een oordeel te geven over de aanvraag. Anders dan in de Mededingingswet is dit geen fatale termijn in die zin dat goedkeuring geacht wordt te zijn gegeven indien de NZa niet tijdig beslist. De algemene regels uit de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') zijn in dit geval van toepassing. Dat betekent dat de NZa op grond van artikel 4:14 Awb de beslistermijn kan verlengen. Los daarvan kan de NZa, indien zij van oordeel is dat de bij de aanvraag verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor een goede beoordeling van de aanvraag, de aanvrager uitnodigen zijn aanvraag aan te vullen met volgens de zorgautoriteit nog benodigde gegevens (artikel 4:5 Awb). In dat geval wordt de beslistermijn opgeschort met ingang van de dag waarop de zorgautoriteit de aanvrager uitnodigt de aanvraag aan te vullen, tot de dag waarop de aanvraag is aangevuld of de daarvoor gestelde termijn ongebruikt is verstreken (artikel 4:15 Awb). In de NMa-praktijk is het

⁶ MvT, p. 1.

⁷ Voor de grens van vijftig personen is aangesloten bij de Wet op de ondernemingsraden.

reidsinstrument wel
alering wat mager.

men van concentra-
gescherpt, aldus de
wetsvoorstel en wij

omzet boven zekere
eit ('NMa'). De NMa
wijze wordt belem-
ie gegeven.

etsing van een voor-
a. In deze paragraaf
issen die toetsing en

rboden een concen-
onder voorafgaande
n toepassing op een
doet verlenen (arti-

diend door de zorg-
betrokken is, naast
nenlijk (artikel 49a,

ig. Anders dan in de
geacht wordt te zijn
de Algemene wet
at de NZa op grond
1 de NZa, indien zij
zijn voor een goede
in te vullen met vol-
dat geval wordt de
eit de aanvrager uit-
gevuld of de daar-
NMa-praktijk is het

len.

ingevolge deze opschorting regel dat een beslissing veel langer op zich laat wachten dan vier weken.

De NZa kan overigens, indien zij een redelijk vermoeden heeft dat zij haar goedkeuring niet zal onthouden, in spoedeisende gevallen op verzoek van degene die de aanvraag voor het verkrijgen van de goedkeuring heeft gedaan, ontheffing verlenen van het in artikel 49a, lid 1, Wmg bedoelde verbod. Te denken valt aan gevallen van een dreigend faillissement van een zorginstelling dat kan worden afgewend door de overname van die partij door een andere instelling. De ontheffing kan onder beperkingen worden verleend en aan de ontheffing kunnen binnen vier weken na het verlenen van de ontheffing voorwaarden of voorschriften worden verbonden.

Ook een goedkeurende beschikking kan onder beperkingen en voorwaarden gegeven worden.

Pas nadat de NZa de concentratie heeft goedgekeurd, kan deze worden gemeld bij de NMa. In dit verband wordt in de Mededingingswet een artikel 34, lid 2, ingevoegd dat luidt: 'Geen melding kan worden gedaan indien een goedkeuring voor een concentratie als bedoeld in artikel 49a, eerste lid, van de Wet marktordening gezondheidszorg, dan wel een ontheffing als bedoeld in artikel 49d van die wet, ontbreekt.'

Reikwijdte

Voor de vraag in welke gevallen een aanvraag tot goedkeuring bij de NZa moet worden ingediend, is met name van belang wanneer sprake is van een *concentratie* en wanneer sprake is van een *zorgaanbieder*.

Voor het begrip *concentratie* wordt aangesloten bij de Mededingingswet. Er is sprake van een concentratie in de zin van de Mededingingswet indien twee of meer onafhankelijke ondernemingen (en in het geval van de zorgspecifieke fusietoets ten minste één zorgaanbieder) worden aangemerkt als nieuwe onderneming of opgaan in een nieuwe onderneming. Het kan daarbij gaan om de situatie waarin een of meer ondernemingen juridisch ophouden te bestaan en nieuwe rechtspersonen worden opgericht (juridische fusie). Ook in geval van een bestuurlijke fusie is sprake van een concentratie. Hierbij blijven de juridische entiteiten bestaan, maar wordt een nieuwe economische eenheid opgericht waarin de activiteiten van de bij de concentratie betrokken ondernemingen worden ondergebracht. Ook dan is er sprake van een concentratie. Dit is eveneens het geval wanneer – voor de toepassing van de zorgspecifieke fusietoets – een zorgaanbieder zeggenschap verkrijgt over een andere entiteit dan wel over (een deel van) de activiteiten van een andere entiteit (deze activiteiten 'overneemt'), of indien een andere entiteit zeggenschap verkrijgt over een zorgaanbieder dan wel (een deel van) de activiteiten van die zorgaanbieder overneemt. Ten slotte kan sprake zijn van een concentratie in het geval van oprichting van een joint venture. *Kan*, want niet in alle gevallen vormt een dergelijke oprichting een concentratie.

Indien dus een concentratie in de zin van de Mededingingswet aan de orde is, geldt de meldingsplicht bij de NMa wanneer bij die concentratie ten minste één zorgaanbieder betrokken is *in de zin van artikel 1, onderdeel c, sub c van de Wmg*. Daar waar de Mededingingswet een concentratietoets kent voor concentraties tussen *ondernemingen*, geldt er op grond van de

Wmg ook een meldingsplicht wanneer betrokken partijen geen *onderneming* zijn. Het kan dus voorkomen dat na de melding bij de NZa geen melding bij de NMa hoeft plaats te vinden, omdat de NMa alleen dan bevoegd is wanneer bij de concentratie twee of meer ondernemingen betrokken zijn. Tegelijkertijd menen wij dat dit niet snel aan de orde zal zijn, gezien de ruime uitleg van het begrip *onderneming* in het mededingingsrecht.

Toetsing door de NZa

Volgens het voorgestelde artikel 49c, lid 2, Wmg dient de NZa haar goedkeuring aan een concentratie te onthouden indien:

- a. cliënten en personeel niet op een zorgvuldige wijze zijn betrokken bij de voorbereiding van de concentratie, of
- b. als gevolg van de concentratie de continuïteit van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen vormen van zorg als bedoeld in artikel 56a, eerste lid, in gevaar komt.

Dit artikel vergt dus enerzijds een procedurele beoordeling, terwijl anderzijds een inhoudelijke toetsing van de gevolgen van de concentratie dient te worden uitgevoerd.

Om die toetsing te kunnen uitvoeren, dient de bij de NZa in te dienen aanvraag een rapport te bevatten over de verwachte effecten van de beoogde concentratie (artikel 49b, lid 1, Wmg). In dat rapport moet blijkens artikel 49b, lid 2, Wmg, ten minste aandacht worden besteed aan:

- a. de doelstellingen van de concentratie;
- b. de redenen voor concentratie;
- c. de structuur van de beoogde organisatie van de zorgaanbieder of zorgaanbieders;
- d. de financiële gevolgen van de concentratie voor de zorgaanbieder of zorgaanbieders;
- e. de gevolgen van de concentratie voor de zorgverlening aan de cliënt;
- f. de risico's van de concentratie voor de kwaliteit en bereikbaarheid van de zorg en de wijze waarop deze risico's worden ondervangen;
- g. de wijze waarop overleg is gepleegd met betrokkenen over het voornemen om een concentratie tot stand te brengen en de wijze waarop met de inbreng van betrokkenen is omgegaan;
- h. de wijze waarop en het tijdsbestek waarbinnen de concentratie zal worden gerealiseerd.

Hoewel het wetsontwerp is ingegeven door de wens *de kwaliteit en de bereikbaarheid van zorg* beter te waarborgen,⁸ valt op dat de NZa niet toetst of de concentratie negatieve gevolgen heeft voor de kwaliteit van de zorg. De Minister van VWS merkt in de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp echter op dat bij de inrichting van de zorgspecifieke concentratietoets door de zorgautoriteit onderkend dient te worden dat het zonder zinvolle criteria niet mogelijk is een goede beoordeling te maken van de uitkomsten van de kwaliteit van de zorg nadat de concentratie heeft plaatsgevonden.⁹ De kwaliteit van de daadwer-

⁸ MvT, p. 1.

⁹ MvT, p. 11.

eming zijn. Het kan hoeft plaats te vin- wee of meer onder- in de orde zal zijn, cht.

edkeuring aan een

n bij de voorberei-

atregel van bestuur a gevaar komt.

derzijds een inhou- gevoerd.

nvraag een rapport (artikel 49b, lid 1, e aandacht worden

rgaanbieders; f zorgaanbieders;

; van de zorg en de

oornemen om een g van betrokkenen

al worden gereali-

reikbaarheid van zorg negatieve gevolgen Memorie van Toe- specifieke concen- nder zinvolle crite- n van de kwaliteit t van de daadwer-

kelijk geleverde zorg kan in de praktijk eigenlijk niet eerder getoetst worden dan nadat sprake is van een concrete situatie waarin reeds zorg wordt verleend, aldus de minister.¹⁰

De toetsing of bij het proces voldoende zorgvuldigheid betracht is, moet echter in het perspectief van de kwaliteit van de in de toekomst te leveren zorg worden gezien, zo kan uit de Memorie van Toelichting worden afgeleid. De minister merkt op: 'In het geval dat bijvoorbeeld cliënten en personeel niet positief staan tegenover de concentratieplannen van de zorgaanbieder en de zorgaanbieder hier onvoldoende aandacht aan besteedt, kan dit een negatief effect hebben op de kwaliteit van de zorgverlening. Met andere woorden, de zorgaanbieder moet de inbreng van cliënten en personeel zorgvuldig afwegen in het voornemen tot concentratie en op de door hun ingebrachte argumenten gemotiveerd ingaan.'¹¹ Dit betekent overigens niet dat daarmee cliënten of personeel bepalen of een concentratie zal plaatsvinden of niet. De zorgaanbieder beslist uiteindelijk zelf of men het voornemen tot concentratie voortzet of niet. Negatieve adviezen van cliënten of personeel vergen echter wel een duidelijke(r) onderbouwing van het doel en de gevolgen van de concentratie. Niettemin geeft het wetsontwerp naar ons oordeel geen rol aan de NZa als scheidsrechter in een verschil van inzicht tussen cliënten of personeel enerzijds en het bestuur van de zorgaanbieder(s) anderzijds; de NZa heeft geen bevoegdheid gekregen zich uit te spreken over de standpunten van partijen, dan wel, op basis daarvan, goedkeuring aan de concentratie te onthouden. De NZa dient immers te oordelen of het proces zorgvuldig is doorlopen. Een gemotiveerd antwoord op bezwaren van cliënten of personeel kan aan dat zorgvuldigheidscriterium voldoen, ook als de NZa het niet eens is met dat antwoord. Meer dan een marginale toetsing is hier dan ook niet op haar plaats.

Dit wordt ook bevestigd in de toelichting op het wetsontwerp, met betrekking tot het deel van de concentratie-effectrapportage dat ziet op de betrokkenheid van cliënten en personeel. Volgens de minister dient de effectrapportage aandacht te besteden aan onder andere de volgende aspecten:

- het verschaffen van voldoende informatie door de zorgaanbieder over de verwachte gevolgen van de concentratie voor de inrichting van de zorg;
- het beschikbaar stellen van voldoende tijd en zo nodig (financiering van) expertise door de zorgaanbieder aan de medezeggenschapsorganen van de zorgaanbieder(s), zodat een oordeel over de concentratie kan worden gegeven;
- zorgvuldige reactie op de inbreng van cliënten en personeel. Heeft de zorgaanbieder zijn reactie op de zorgen of bezwaren van cliënten en personeel zorgvuldig gemotiveerd?

'Het gaat hierbij niet om de inhoud van de motivatie door de zorgaanbieder maar om de vraag of op zorgvuldige wijze op de reactie van betrokkenen is ingegaan', aldus de minister.¹²

Dit brengt ons vervolgens op de vraag of de procedurele toets iets toevoegt aan hetgeen reeds elders geregeld is. Zoals de minister reeds zelf aangaf is de verplichting voor een

10 MvT, p. 11.

11 MvT, p. 11.

12 MvT, p. 12. Zie voorts de volgende opmerking van de minister t.a.p.: 'Het is geenszins de bedoeling dat de zorgautoriteit treedt in de verantwoordelijkheden van de zorgaanbieder door een inhoudelijk oordeel te vellen over bijvoorbeeld de doelstellingen van de concentratie of de inbreng van cliënten of personeel.'

zorgaanbieder om cliënten en personeel te betrekken bij concentratievoornemens reeds geregeld in respectievelijk de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen ('Wmcz', straks de Wcz) en de Wet op de ondernemingsraden ('Wor'). Volgens de minister wordt 'de component medezeggenschap' met dit wetsvoorstel 'extra kracht bij gezet' 'om de betrokkenheid van cliënten en personeel te faciliteren en te stimuleren'.¹³

Het gaat nogal ver, naar onze mening: te ver, om – in wezen – een extra toezichthouder in te schakelen om het gebruik van (afdwingbare) rechten die cliënten en personeel reeds op grond van andere wetten hebben, te faciliteren en te stimuleren. Terwijl op grond van die andere wetten *stakeholders* reeds een mogelijkheid hebben om besluiten aan te vechten, komt er met dit wetsvoorstel nog eens een bevoegdheid bovenop om een concentratie te verbieden, terwijl de toetsing geen wezenlijk andere is dan die op grond van bestaande regelgeving reeds bestaat. Wat de wetgever met de voorgestelde regeling eigenlijk zegt, is dat de medezeggenschapsrechten voor cliënten en personeel op grond van de Wcz en Wor onvoldoende effectief zijn. Dat mag zo zijn – ons zijn daarover overigens geen gegevens bekend – maar in dat geval ligt het meer voor de hand de rechten van cliënten en personeel in die wetten te versterken.

Wat betreft de inhoudelijke toets, dient de NZa, zoals gezegd, te beoordelen of als gevolg van de concentratie de continuïteit van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen vormen van zorg als bedoeld in artikel 56a, lid 1, Wmg in gevaar komt. Uitdrukkelijk is hier geen oordeel aan de orde betreffende de gevolgen van de concentratie voor de kwaliteit van de zorg. Dit blijkt uit het feit dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel dat door het kabinet ter advisering aan de Raad van State is voorgelegd nog bepaalde dat de NZa ook haar goedkeuring aan een concentratie dient te onthouden indien *als gevolg van de concentratie de goede zorgverlening, bedoeld in artikel 5 van de Wcz in gevaar komt*.¹⁴ Het negatieve advies van de Raad van State heeft ertoe geleid dat deze toetsingsgrond is komen te vervallen, zoals blijkt uit de latere opmerking van de minister dat '... [h]et ontbreken van algemeen geldende ex ante toetsbare normen [...] echter wel [maakt] dat "kwaliteit" (mede op basis van het advies van de Raad van State), geen onderdeel is van het inhoudelijke deel van concentratietoets'.¹⁵

De vraag is dan waar het bij de beoordeling of de continuïteit van de zorg dan wel om gaat. Dit blijkt niet uit de tekst van de wet. Wel is de minister in de toelichting op het voorstel op deze toetsing ingegaan.¹⁶ Daaruit blijkt dat de NZa moet nagaan of door een concentratie de beschikbaarheid van cruciale zorg in gevaar komt.¹⁷ Met zo veel woorden geeft de minister aan dat de NZa in ieder geval de effecten van de concentratie op de beschikbaarheid van de volgende zorgvormen met een bijbehorende, ex-ante toetsbare norm, dient te toetsen:

13 Kamerstukken II 2012-2013, 33253, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag (NAV), p. 13.

14 Kamerstukken II 2012-2013, 33253, nr. 4, p. 9.

15 NAV, p. 2.

16 MvT, p. 13.

17 In een vast te stellen algemene maatregel van bestuur zal worden verankerd welke vormen van zorg en onder welke voorwaarden deze beschikbaar moeten zijn en waarop de NZa de effecten van de concentratie op de beschikbaarheid daarvan dus zal toetsen.

- ambulancezorg: hierbij geldt de voorwaarde dat ten minste 97 procent van de bevolking binnen 15 minuten responstijd bereikt moet kunnen worden en in ten minste 95 procent van de spoedmeldingen een ambulance binnen 15 minuten na aanname van de melding door een centrale post ambulancevervoer ter plaatse moet zijn;
- spoedeisende hulp: hierbij geldt de voorwaarde dat een afdeling SEH binnen 45 minuten per ambulance bereikbaar is en 7 x 24 uur over minimaal één SEH-arts en één SEH-verpleegkundige beschikt;
- acute verloskunde: hierbij geldt de voorwaarde dat de zorgaanbieder binnen 45 minuten per ambulance bereikbaar is en dat binnen 30 minuten na vaststelling van de diagnose van een spoedeisende situatie door een gynaecoloog of geautoriseerd obstetrisch professional de benodigde medisch specialistische behandeling kan worden gestart;
- crisisopvang geestelijke gezondheidszorg: hierbij geldt de voorwaarde dat regionaal is vastgelegd door welke zorgaanbieders de geestelijke gezondheidszorg in crisissituaties wordt geborgd.

Wat betreft AWBZ-zorg gelden geen specifieke normen, maar dient de NZa de sociale context, bij een concentratie waarbij een aanbieder van AWBZ-zorg is betrokken, mee te nemen in haar oordeel over de concentratie.

Het is duidelijk dat het toetsingscriterium van de Mededingingswet (leidt de concentratie tot een significante belemmering van de mededinging, met name door het ontstaan of versterken van een economische machtspositie¹⁸), niet op deze precieze manier wordt ingevuld. Niettemin moet ook hier betwijfeld worden of de 'verscherpte concentratietoets' die nu wordt voorgesteld iets wezenlijks toevoegt aan de toetsing van concentraties door de NMa onder de Mededingingswet. In het kader van de mededingingsrechtelijke toets wordt immers gekeken of het aanbod in een bepaald geografisch gebied niet gemonopoliseerd wordt (of, minder vergaand: of het marktaandeel van de fuserende partij niet te groot wordt). Eenvoudig gezegd: de NMa zal – uitzonderlijke situaties daargelaten, zoals in Zeeland – alleen toestemming (mogen) geven voor een concentratie tussen bijvoorbeeld twee ziekenhuizen indien in hetzelfde geografische gebied nog een of meer alternatieven voor de patiënten aanwezig zijn. Het is dan moeilijk denkbaar dat zo'n fusie ten koste van de beschikbaarheid van de zorg zou kunnen gaan. De NMa zou daarbij bijvoorbeeld ook moeten meewegen of op het vlak van de SEH geen monopoliepositie ontstaat. Zoals bekend, houdt de NMa bij de bepaling van wat de relevante markt is en hoe de concurrentieverhoudingen op die markt zijn, uitdrukkelijk rekening met reistijden – en daarmee impliciet ook van aanrijdtijden van ambulances.

Overigens moet bedacht worden dat de toetsing die de NZa uitvoert, op basis van de door de betrokken zorgaanbieders opgestelde effectrapportage geschiedt. Wanneer later de zorgaanbieders ertoe overgaan om bijvoorbeeld te stoppen met het aanbieden van acute verloskunde vanuit een bepaalde locatie, kan de NZa daar niet tegen optreden.

Wel is het zo dat onder de concentratietoets door de NZa ook kleinere zorginstellingen vallen die, gezien de omzetrempels die in het kader van de Mededingingswet gelden, niet bij de NMa gemeld behoeven te worden. Voor die 'kleinere' concentraties wordt dus nu een concentratietoets ingevoerd, die op zich niet 'scherper' is dan die van de NMa, maar eerder

18 Art. 37, lid 2, Mw, en art. 41, lid 2, Mw.

voornemens reeds
ellingen ('Wmcz',
minister wordt 'de
et' 'om de betrok-

toezichthouder in
personeel reeds op
op grond van die
n aan te vechten,
en concentratie te
nd van bestaande
g eigenlijk zegt, is
an de Wcz en Wor
ens geen gegevens
nten en personeel

lenen of als gevolg
stuur aangewezen
it. Uitdrukkelijk is
ie voor de kwaliteit
dat door het kabi-
de NZa ook haar
an de concentratie de
ieve advies van de
vallen, zoals blijkt
meen geldende ex
op basis van het
zel van concentra-

dan wel om gaat.
op het voorstel op
r een concentratie
woorden geeft de
p de beschikbaar-
are norm, dient te

13.

vormen van zorg en
n van de concentratie

een lichtere toets betreft. In die zin kan men dus beter spreken van een lichte concentratie-toets voor concentraties waarbij kleinere zorginstellingen betrokken zijn. Het zou meer voor de hand liggen om de 'grotere' concentraties alleen door de NMa te laten toetsen, zonder voorafgaande toetsing door de NZa.

Tot slot: splitsing zorgaanbieders

Als laatste nog enkele opmerkingen over het derde nieuwe instrument: de splitsingsbevoegdheid, of eigenlijk de ruime bevoegdheid om vanwege redenen van ernstige afbreuk aan de kwaliteit van zorg aanwijzingen te geven in de vorm van structurele maatregelen (artikel 60a nieuw Wmg). De aanwijzingen worden door de minister gegeven als een ultimatum remedium om de kwaliteit van zorg te redden. De minister geeft een dergelijke aanwijzing niet alvorens de NZa een bedrijfskundige rapportage heeft uitgebracht over de mogelijke gevolgen van de aanwijzing. De maatregel wordt ook niet genomen indien het kwaliteitsverlies kan worden voorkomen door een minder belastende maatregel. De IGZ is de instantie die het toezicht houdt op de kwaliteit van zorg en verwacht wordt de minister in dit verband voorstellen te doen.

Hier zien we haast het spiegelbeeld van de problemen van de zorgspecifieke fusietoetsing optreden. Zo licht als dat middel is en terughoudend de kwaliteitstoets bij fusie, zo zwaar is het hier aangezet dat structurele organisatorische maatregelen genomen kunnen worden om de kwaliteit te redden. Als een zorgorganisatorische aangelegenheid als een fusie niet tevoren op de kwaliteit getoetst kan worden volgens de minister, waarom kan het tegendeel, de splitsing van een zorgorganisatie en de bedrijfsvoering, dat dan wel? De toelichting is hier weinig overtuigend. De toepasbaarheid van het instrument is 'zeer casusspecifiek en niet op voorhand algemeen te duiden'.¹⁹ Daarmee laat de minister wel erg open hoe we de inzet van dit instrument ons moeten voorstellen. Algauw komt behalve Meavita de gedachte aan de casus Philadelphia op, waarbij de investeringen in onroerend goed de rest van het concern bedreigden, maar de kwaliteit van zorg was daar niet direct in het geding. Over financieel management zou de minister niet meer gaan, dus toezicht op het schrijven van zwarte cijfers is niet aan de orde. Over de ideale maat van de zorgverlening is te veel te doen om daarop als overheid een organisatorisch beleid te voeren.²⁰ Voor zover de volumennormen gerechtvaardigde kwaliteitsnormen opleveren, kan daarmee worden volstaan zonder een zelfstandig beleid te voeren over de toegestane minimale of maximale omvang van een onderneming.

De twee voorbeelden die de minister in meer algemene zin noemt, zijn dat het bestuur niet in staat is gebleken de toepassing van kwaliteitsnormen in de instelling te garanderen of dat intern verwijzingen tussen hulpverleners plaatsvinden op andere dan medisch inhoudelijke gronden.²¹ Beide lijken met minder vergaande maatregelen te kunnen worden

19 MvT, p. 18.

20 Zie recentelijk het rapport van Nivel, IQ Scientific Institute for Quality of Healthcare en de Erasmus Universiteit (Consortium Onderzoek Kwaliteit van Zorg), *De relatie tussen volume en kwaliteit van zorg*, Utrecht/Nijmegen/Rotterdam 2012.

21 MvT, p. 38.

ichte concentratie-
lijnen. Het zou meer
laten toetsen, zon-

ent: de splitsings-
in ernstige afbreuk
turele maatregelen
geven als een ulti-
een dergelijke aan-
itgebracht over de
nomen indien het
maatregel. De IGZ is
wordt de minister

ifieke fusietoetsing
ij fusie, zo zwaar is
en kunnen worden
d als een fusie niet
om kan het tegen-
wel? De toelichting
r casusspecifiek en
rg open hoe we de
ehalve Meavita de
erend goed de rest
irect in het geding.
ht op het schrijven
rlening is te veel te
or zover de volume-
worden volstaan
maximale omvang

dat het bestuur niet
g te garanderen of
an medisch inhou-
e kunnen worden

en de Erasmus Univer-
van zorg, Utrecht/Nijme-

opgelost, namelijk door een intern verwijzingsverbod en kwaliteits- en normbewaking en een verantwoordingsstructuur verplicht te stellen (zoals nu al aansluit op de artikelen 3 en 4 Kwaliteitswet Zorginstellingen). Misschien is in zo'n geval een bestuur onhoudbaar geworden. Wanneer is echter op voorhand duidelijk dat een aangescherpte normstelling op maat (een individuele aanwijzing) onvoldoende is om de vereiste kwaliteit af te dwingen en het nodig is het bestuur ook de middelen voor te schrijven? Waarom is daarvoor een nieuwe bepaling nodig die suggereert dat de minister op de stoel van het bestuur gaat zitten om de organisatiestructuur aan te passen? De portee van deze wetswijziging blijft naar onze mening te zeer onduidelijk.

Al met al overtuigt het instrumentarium in deze vorm daarom niet erg. Het feit dat het langer in de pijplijn zat, zou niemand moeten verplichten en zeker geen aanleiding moeten zijn een kritisch debat in de beide Kamers achterwege te laten. Het wetsvoorstel getuigt ervan dat de regelgeving evenmin uitgerijpt is als de verhoudingen op de zorgmarkt zelf. Dergelijk soort maatregelen dreigt hetzelfde lot te zijn beschoren als het middel van de interventie door de NZa bij aanmerkelijke marktmacht (artikel 48 Wmg), dat voornamelijk een papieren tijger is gebleven.