

Medisch Recht

Mededinging en gezondheidszorg

Stefaan CALLENS
deeltijds hoogleraar K.U.Leuven en advocaat

Diego FORNACIARI
assistent departement Maatschappelijke Gezondheidszorg K.U.Leuven

I. Inleiding

De gezondheidszorg is een sector die gekenmerkt wordt door veel overheidsregulering¹. De wetgever legt talrijke verplichtingen op aan ziekenhuizen, ziekenfondsen, de farmaceutische industrie, de hulpverleners, enz., zodat zij weinig ruimte krijgen om met elkaar te concurreren.² De vraag rijst dan of er sprake is van mededinging in de gezondheidszorg en zo ja, welke mededingingsregels gelden in de gezondheidszorg. Op Europees vlak is die vraag inzake mededinging in de gezondheidszorg alvast vooral aan bod gekomen in de geneesmiddelenindustrie, bv. naar aanleiding van dossiers inzake parallelle handel.³ In verschillende landen is er groeiende belangstelling voor het regelen van de mededinging in de zorg. Recent zijn in Nederland bv. initiatieven genomen om de marktwerking in de zorg te introduceren en te verbeteren.⁴ De aandacht voor mededinging in de zorg is niet abnormaal. Het mededingingsrecht vertrekt van de veronderstelling dat ongebonden interactie tussen concurrerende krachten tot de beste allocatie van economische middelen zal leiden, tot de laagste prijzen, de hoogste kwaliteit en de grootste materiële vooruitgang.⁵ Het centrale doel van het mededingingsrecht is voorkomen dat de vrije mededinging wordt verstoord of een verstoring van de mededinging te neutraliseren.⁶

II. Principes inzake mededinging

Artikel 2, §1 WEM⁷ verbiedt naar het model van artikel 81 EG-Verdrag⁸ “*dat alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemings-*

¹ Deze tekst is gebaseerd op een bijdrage die eerder reeds was opgenomen in het boek *Organisatie van de gezondheidszorg*. CALLENS, S. en PEERS, J., (eds.), *Intersentia*, Antwerpen, 2008, pp. 637 e.v.

² D. CORENS, “Health System review: Belgium”, *Health Systems in Transition* 2007, 9(2), 1-172.

³ J. DARBA, J. ROVIRA, “Parallel Imports of Pharmaceuticals in the European Union”, *Pharmacoeconomics* 1998, 14, Suppl. 1, 129-139; M. VAN KERCKHOVEN, “The application of article 82 EC Treaty to the pharmaceutical sector – some recent EC guidance”, *The European Antitrust review* 2006, 5-7.

⁴ Zie hiervoor o.a. Y.A. MAASDAM en G.W.A. VAN DE MEENT, *Wet Marktordening Gezondheidszorg, tekst en toelichting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 90-114; K.D. MEERSMA, I.W. VERLOREN VAN THEMAAT, “Het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg”, *Njb* 11 november 2005, afl. 40, 2084; J. STEYGER, “Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk”, *T. Gez.*, I-2006, 14; J. SIMONS en J.K.M. GEVERS, “Overheidstoezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg”, *NJB* 29 juni 2007, nr. 26, 1620; Visiedocument “(In) het belang van de consument” van de Nationale Zorgautoriteit, oktober 2007, 8.

⁵ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Antitrust Health Care Handbook*, 3d Edition 2004, 192.

⁶ D.G. GOYDER, *EC Competition Law*, 4th Edition, New York, Oxford University Press, 8; MONTANGIE, Y. (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 182.

⁷ Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, *B.S.* 29 september 2006, ed. 3, 50.613 (hierna WEM).

verenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst” en dit zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is.

Verscheidene elementen uit deze bepaling zijn van belang. Het artikel geldt enkel voor *ondernemingen of ondernemingsverenigingen*. De mededingingsregels gelden bovendien niet alleen voor bepaalde overeenkomsten. Ze gelden ook voor *onderling afgestemde feitelijke gedragingen*. Dit is bijvoorbeeld van belang voor het werken met tarieven. Wanneer de huisartsen in landen waar de tarieven voor huisartsen vrij zijn hun gedragingen onderling op elkaar afstemmen, door bv. af te zien van de mogelijkheid een lager tarief te vragen, dan is deze handelwijze in strijd met de mededingingsregels, ook als er geen sprake is van een echte overeenkomst tussen de huisartsen.⁹

Elke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die in strijd is met artikel 2, §1 WEM wordt nietig verklaard. Toch kunnen bepaalde handelingen die mededingingsbeperkend zijn alsnog aan de nietigverklaring ontsnappen. Volgens artikel 2, §3 WEM zijn de bepalingen van artikel 2, §1 WEM niet van toepassing op gedragingen die *“bijdragen tot verbetering van de productie of van de verbetering van de technische of economische vooruitgang of die de kleine en middelgrote ondernemingen de mogelijkheid bieden om hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen”*, voor zover *“een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt”* en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen *“beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn en de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.”* Overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in artikel 2, §1 WEM die aan de voorwaarden van artikel 2, §3 voldoen, zijn geldig en afdwingbaar zonder dat daartoe een voorafgaande beslissing van een mededingingsautoriteit of rechter is vereist.

Naar het model van artikel 82 EG-Verdrag verbiedt artikel 3 WEM dat *“één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan”*, wederom zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing nodig is.

Een onderneming kan in bepaalde gevallen een machtspositie hebben op een markt of een onderdeel daarvan. Dit houdt in dat de onderneming vrij is om haar handelingen zelf te bepalen, zonder rekening te moeten houden met andere spelers. Dit is alleen mogelijk als die onderneming een belangrijke machtspositie heeft. Een dergelijke situatie heeft haar nadelen. Een machtspositie is misschien op zich niet mededingingsbeperkend, maar is dat wel in geval van misbruik. Om na te gaan of er sprake is van een machtspositie zal moeten wor-

⁸ Verdrag van 25 maart 1957, Geconsolideerde versie van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *PB. C.* 321 E, 29 december 2006, 37.

⁹ Rapport Nationale Mededingingsautoriteit Nederland “Richtsoenen voor de Zorgsector”, 2001, te vinden op www.nmanet.nl/Images/11_3533_tcm16-21325.pdf.

den gekeken naar de *relevante productmarkt* en de *geografische markt*.¹⁰ Of een onderneming op de relevante markt over een machtspositie beschikt kan blijken uit een aantal indicatoren zoals de marktstructuur, het marktaandeel van de onderneming, de eigenschappen en structuur van de onderneming en haar marktgedrag.¹¹

Tot voor kort lag het toezicht op de mededingingsbeperkende praktijken vooral bij de Europese Commissie. De Commissie was bevoegd om klachten en aanmeldingen met betrekking tot mededingingsbeperkende handelingen en overeenkomsten te behandelen. Door de uitbreiding van het aantal lidstaten van de Europese Unie en een constante stijging van het aantal klachten was deze situatie echter niet langer houdbaar en is het toezicht grondig gewijzigd door de Verordening 1/2003. Elke lidstaat heeft nu een nationale mededingingsautoriteit die bevoegd is voor het behandelen van aanmeldingen en klachten. In België houden het Auditaat en de Dienst voor de Mededinging zich bezig met het onderzoek, terwijl de Raad voor de mededinging het beslissingsorgaan is.

III. Het begrip onderneming

\$1. Inleiding

Overeenkomstig artikel 1, a WEM¹² is een onderneming elke natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economische activiteit nastreeft. Het begrip onderneming in het Belgische mededingingsrecht heeft dezelfde betekenis als het begrip in het communautair recht (artt. 81 en 82 EG-Verdrag).¹³ Elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, kan worden beschouwd als een onderneming.¹⁴ Opdat er sprake zou zijn van een economische activiteit is het noodzakelijk dat de entiteit op zelfstandige wijze producten en/of diensten aanbiedt op de markt.¹⁵ Om van een onderneming te kunnen spreken is het dus

¹⁰ De relevante markt bestaat uit enerzijds de relevante productmarkt en anderzijds de relevante geografische markt. De relevante productmarkt kan omschreven worden als de kleinste mogelijke markt waarop een onderneming die een monopolie op die markt zou verwerven aan geen of slechts aan weinig concurrentiedruk door producten van andere ondernemingen onderhevig zou zijn. De relevante geografische markt is 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 gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

¹¹ D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 213.

¹² Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, *B.S.* 29 september 2006, ed. 3, 50.613.

¹³ A.-M. VAN DEN BOSSCHE, "Mededingingsregels voor ondernemingen naar Europees en Belgisch recht. Achtergrond en rechtsvergelijkend overzicht", in Y. MONTANGIE (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 2-3.

¹⁴ H.v.J. C-41/90, *Höfner, Jur.* 1991, I, 01979, 21.

¹⁵ D.G. GOYDER, *EC Competition Law*, Fourth Edition, New York, Oxford University Press, 2003, 60.

niet belangrijk of er al dan niet een winstoogmerk wordt nagestreefd. Verenigingen zonder winstoogmerk die een economisch doel nastreven kunnen trouwens ondernemingen in de zin van de WEM uitmaken.¹⁶ Wat telt is dat de betrokkenen een economisch doel nastreven. Dat fabrikanten of distributeurs van geneesmiddelen of van medische hulpmiddelen ondernemingen zijn is evident. De vraag of dit eveneens het geval is voor zorgverleners en hun ordes, ziekenhuizen en ziekenfondsen, is meer controversieel.

§2. Artsen als ondernemingen

Artsen zijn vrije beroepsbeoefenaars die een maatschappelijke functie vervullen. Toch oordeelde het Hof van Cassatie reeds in een arrest van 2 mei 2002¹⁷ dat geneesheren die een activiteit uitoefenen die gericht is op de uitwisseling van diensten, op duurzame wijze een economisch doel nastreven en derhalve ondernemingen zijn in de zin van artikel 1 WEM.¹⁸

Apothekers zijn volgens het Hof van Cassatie eveneens ondernemingen. In een arrest van 25 februari 2000 oordeelde het Hof dat apothekers, ook al zijn ze geen kooplieden in de zin van artikel 1 Wetboek van Koophandel en ook al vervullen zij een maatschappelijke functie, toch ondernemingen uitmaken in de zin van de WEM. Ze oefenen immers een activiteit uit die gericht is op de uitwisseling van goederen of diensten en streven dus op duurzame wijze een economisch doel na.¹⁹

§3. De orde van geneesheren als ondernemingsvereniging

Voor een aantal beroepen heeft de wetgever voorzien in bijzondere organen die waken over de wijze waarop de beroepsbeoefenaars hun beroep uitoefenen. In de mate dat de beoefenaars van de betrokken beroepen ondernemingen zijn, kunnen hun bij wet opgerichte ordes en instituten, ondernemingsverenigingen zijn in de zin van artikel 2, §1 WEM. Er is sprake van een ondernemingsvereniging wanneer de natuurlijke of rechtspersonen die er lid van zijn, of sommigen daarvan, ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, lid 1 WEM. Wanneer een raad of zijn voorzitter een beslissing neemt ten aanzien van een ondernemingsvereniging moet worden nagegaan of, en vastgesteld in de feiten dat, zich onder de leden ondernemingen bevinden. De Orde van Geneesheren kan als ondernemingsvereniging worden beschouwd in de mate dat de activiteiten ervan betrekking hebben op het economisch verkeer.²⁰ De overheid heeft bepaalde taken opgedragen aan de Orde van Geneesheren, inzonderheid de taak

¹⁶ D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 86.

¹⁷ Cass. 2 mei 2002, AR D.00.0011.N; Cass. 2 mei 2002, AR D.00.0011.N, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging*, 2002, 819, noot T. FRANCHOO en J. YSEWYN.

¹⁸ G. STRAETMANS en T. BOUTE, "De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren", *T. Gez.* 2002-03, 139.

¹⁹ Cass. 2 februari 2006, AR D.04.0020.N.

²⁰ G. STRAETMANS en T. BOUTE, "De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren", *T. Gez.* 2002-03, 141-142; S. CALLENS., "De rol van de Orde van Geneesheren in de gezondheidszorg", in S. LUST e.a., *Tucht en deontologie*, die Keure, 2007, 154.

te waken over het naleven van de regels van de medische plichtenleer en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van haar leden.²¹ De Orde streeft hierbij geen economisch doel na maar vervult een wettelijke taak waarvoor zij een regulerende bevoegdheid heeft gekregen. Toch moeten de beslissingen van de Orde die ertoe strekken het marktgedrag van de artsen te beoordelen of te reguleren, en die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt aangetast, aan de WEM getoetst worden.²² Indien de Orde van Apothekers deontologische regels en mededelingen uitvaardigt die een bindende kracht verlenen aan reglementen van lokale ordes en die tot doel hebben de vrijheid van apothekers om zelf hun openings- en sluitingsuren te bepalen, aan banden te leggen, dan schendt de Orde de WEM. Volgens de Raad voor de Mededinging zijn de beperkingen niet noodzakelijk voor de nagestreefde doelstelling, met name het goede verloop van de wachtdienst. Een algemeen verbod voor apothekers om reclame te voeren en kortingen toe te passen, opgelegd door ordes, vormt eveneens een beperking van de mededinging.²³

§4. Ziekenhuizen als ondernemingen

De Belgische rechtspraak is zo goed als stilzwijgend over de vraag of ziekenhuizen al dan niet als ondernemingen kunnen beschouwd worden. Toch is het o.i. evident dat de gedragingen van ziekenhuizen, ook al streven die geen winst na en ook al bepaalt artikel 2 van de Wet op de Ziekenhuizen van 7 augustus 1987 dat zij een opdracht van algemeen belang uitoefenen, economische activiteiten uitmaken. Er is sprake van economische activiteiten indien goederen en diensten worden aangeboden op de markt.²⁴ Ziekenhuizen kunnen derhalve worden beschouwd als ondernemingen. Op de markt van de ziekenhuiszorg is mededinging trouwens mogelijk op het vlak van prijs (ereloon-supplementen, kamersupplementen), van kwaliteit van dienstverlening, van kwalificatie van dokters en personeel, van faciliteiten, aangeboden diensten, enz.²⁵ Een ziekenhuis beschikt dus over tal van andere criteria om zich van de concurrentie te onderscheiden, hetgeen de concurrentiepositie bepaalt. Zelfs al heeft de wetgever de programmatie²⁶, erkenning²⁷ en financiering²⁸ van ziekenhuizen wette-

21 Art. 6, 2° van het KB nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Geneesheren.

22 Cass. 2 mei 2002, AR D.00.0011.N.

23 Raad voor de Mededinging, Beslissing nr. 2007-I/O-27 van 26 oktober 2007, *E.S./Ordre des pharmaciens, L.P.D./Ordre des pharmaciens en Groupe Multipharma/Ordre des pharmaciens*; Raad voor de Mededinging, Beslissing nr. 2007-P/K-35 van 20 december 2007, *F.N.H./Ordre des pharmaciens*.

24 H.v.J. 118/85, *Commissione t. Italië, Jur.* 1987, p.2599.

25 Zie ook *Bundesgerichtshof*, 16 January 2008, *Rhön-Klinikum AG/Rhön-Grabfeld*, nr. KVR 26/07, aangehaald in KLASSE M., "The German Federal Court of Justice confirms a merger prohibition decision and the Court's and NCA's assessment of the hospital sector", *e-competitions*, februari 2008-I.

26 Artt. 23-24 ZKHW; KB van 21 maart 1977 tot vaststelling van de criteria die van toepassing zijn voor de programmatie van verschillende soorten ziekenhuisdiensten, *B.S.* 30 april 1977.

27 Artt. 68-71 ZKHW.

lijk geregeld, toch is er voldoende ruimte voor de ziekenhuizen om op verschillende vlakken met elkaar in concurrentie te treden. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat in sommige landen, zoals Nederland, probleemloos wordt aanvaard dat ziekenhuizen ondernemingen zijn in de zin van de mededingingswetgeving.²⁹

§5. Ziekenfondsen als ondernemingen?

Of ziekenfondsen als ondernemingen optreden moet geval per geval worden bekeken. In het arrest *Poucet et Pistre* was het Hof van Justitie van oordeel dat de geviseerde ziekenfondsen geen ondernemingen waren omdat de ziekenfondsen meewerkten aan het beheer van de openbare dienst van sociale zekerheid en een taak van zuiver sociale aard vervulden.³⁰ Van economische activiteiten en dus van ondernemingen was bijgevolg geen sprake. De verplichte aansluiting van de leden werd noodzakelijk geacht om het solidariteitsbeginsel te kunnen toepassen en om het financieel evenwicht te garanderen.³¹

Het voorgaande sluit echter niet uit dat ziekenfondsen naast hun sociale taken ook handelingen kunnen verrichten die geen sociaal doel dienen maar van economische aard zijn en waarvoor zij dus wel als ondernemingen kunnen worden beschouwd.³² De Raad voor de Mededinging oordeelde reeds in die zin.³³ De

28 KB van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen, *B.S.* 30 mei 2002.

29 De eerste zaak waarin de NMa oordeelde dat ziekenhuizen ondernemingen uitmaken die met elkaar kunnen concurreren was de zaak *Sophia Ziekenhuis*. Zie Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 5 juni 1998 in zaak 165/Sophia Ziekenhuis – Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden.

30 H.v.J. C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre*, *Jur.* 1993, I, 637, 18-19.

31 H.v.J. C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre*, *Jur.* 1993, I, 637, 18. De voormelde criteria die uitmaken of er sprake is van een openbare dienst van sociale zekerheid hebben later als leidraad gediend voor het Hof bij de vragen over de hoedanigheid die aan bijzondere socialezekerheidsstelsels moet gegeven worden. Zo heeft het Hof in maart 2004 in de zaak *AOK Bundesverband* geoordeeld dat ziekenfondsen geen ondernemingen zijn in de zin van de Europese mededingingsregels. Ook hier stelde het Hof dat ziekenfondsen wettelijk verplicht zijn hun verzekerden verplichte verstrekkingen te verlenen, die in wezen identiek zijn en niet afhangen van de bedragen van de premies. Er gebeurt ook een compensatie tussen de ziekenfondsen die grotere risico's verzekeren en de ziekenfondsen met de laagste zorgkosten; D. PIETERS, S. VAN DEN BOGAERT, *The Consequences of european competition law for national health policies*, Antwerpen, Maklu, 1997, 58.

32 H.v.J. C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre*, *Jur.* 1993, I, 637, 18; H.v.J. C-244/94, *FFSA*, *Jur.* 1995, I-04013: Een orgaan zonder winstoogmerk, dat is belast met het beheer van een als aanvulling van een verplicht basisstelsel bedoeld stelsel van ouderdomsverzekering, dat bij wet als facultatief stelsel is ingevoerd en, met inachtneming van de door de daartoe bevoegde autoriteiten vastgestelde bepalingen, met name inzake aansluitingsvoorwaarden, bijdragen en uitkeringen, werkt volgens het kapitalisatiebeginsel, is een onderneming in de zin van de artt. 81 e.v. EG. Immers, zelfs al heeft een dergelijk orgaan geen winstoogmerk en zelfs al bevat het door dit orgaan beheerde stelsel bepaalde solidariteitsaspecten, die beperkt zijn en niet kunnen worden vergeleken met die welke de verplichte socialezeker-

CM Antwerpen bood haar leden de dienst ‘tegemoetkoming bij orthodontische behandeling’ aan. Het betrof een financiële tegemoetkoming bovenop de bedragen die patiënten overeenkomstig de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering ontvingen. Volgens de Raad voor de Mededinging was de CM wanneer zij een vrije en aanvullende verzekering zoals inzake orthodontie aanbood een rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreefde.³⁴ Reeds eerder had de voorzitter van de Raad geoordeeld in de zaak *BBUSO t. LCM en alle Regionale Ziekenfondsen* dat een raamakkoord waarin richttarieven voor orthodontisten werden vastgelegd door een ziekenfonds *prima facie* een horizontale prijsafsprake was, die was verboden door de mededingingswetgeving.³⁵ In de voormelde zaak van de CM Antwerpen oordeelde het Hof van Beroep te Brussel evenwel dat de aangeboden dienst geen economische activiteit uitmaakte. Het Hof van Beroep oordeelde dat de keuze van CM Antwerpen om een aanvullende tegemoetkoming aan te bieden voor orthodontische behandeling aan de bekommernis van de wetgever voldoet om lacunes in de wettelijke sociale zekerheid te dichten, aangezien het verschil tussen de kost van een orthodontische behandeling en de wettelijk bepaalde uitkering in de ziekteverzekering te groot geworden was. Volgens het Hof van Beroep trad CM Antwerpen dan ook niet in concurrentie met private verzekeraars.³⁶

IV. Mededingingsbeperkende afspraken

§1. Inleiding

Bij de uitoefening van hun activiteiten treden de actoren in de gezondheidszorg op in verschillende relaties. Zo treden ziekenhuizen op in relatie met andere ziekenhuizen, met ziekenfondsen, met de overheid, met artsen, met de leveranciers van middelen enz.

Deze overeenkomsten kunnen ingedeeld worden in twee soorten. Horizontale overeenkomsten zijn overeenkomsten waarbij de ondernemingen, in het kader

heidsstelsels kenmerken, het oefent een economische activiteit uit en concurreert daarbij met levensverzekeringsmaatschappijen.

33 Raad voor de Mededinging, *Schriftelijke opmerkingen in procedures voor het Hof van Beroep te Brussel*, 12 november 2003, Jaarverslag 2003, Bijlagen deel 3, p. 42-46,

www.mineco.fgov.be/organization_market/competition/competition_council/annual_reports/annexes_2003/Observations-ecrites_Schriftelijke-opmerkingen.pdf.

34 Raad voor de Mededinging, *Schriftelijke opmerkingen in procedures voor het Hof van Beroep te Brussel*, 12 november 2003, Jaarverslag 2003, Bijlagen deel 3, p. 43,

www.mineco.fgov.be/organization_market/competition/competition_council/annual_reports/annexes_2003/Observations-ecrites_Schriftelijke-opmerkingen.pdf.

35 Voorz. R.v.M. 10 januari 2001, nr. 2001-V/M-2, *BBUSO/Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en Regionale Christelijke Ziekenfondsen*, B.S. 5 mei 2001, ed. 2, 14.582. Een verzoek om voorlopige maatregelen werd echter als onontvankelijk afgewezen, omdat het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel niet bewezen werd geacht.

36 Rb. Antwerpen 6 oktober 2003, in *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2003, 999; J. VAN PARYS, “Het begrip onderneming in mededingingsrecht: ziekenfonds als onderneming?”, *TBM* 2006-1, 59-65.

van die overeenkomst, op dezelfde trap van productie en distributie werkzaam zijn.³⁷ Dit zijn overeenkomsten die worden afgesloten tussen concurrenten. Het kan hier gaan om overeenkomsten tussen ziekenhuizen onderling, tussen ziekenfondsen onderling, tussen producenten van geneesmiddelen onderling enz. Er is sprake van verticale afspraken wanneer de ondernemingen die tot een overeenkomst komen op een verschillend niveau van de distributie- of productieketen werkzaam zijn.³⁸ Overeenkomsten tussen ziekenhuizen en ziekenfondsen of artsen zijn dus verticale overeenkomsten. Wanneer vastgesteld wordt dat de partijen in deze verschillende relaties ondernemingen zijn, dan vallen hun afspraken onder het toepassingsgebied van de mededingingsregels.

§2. Uitzonderingen op het verbod van artikel 2, §1 WEM

A. Groepsvrijstellingen die voor de gezondheidszorg van bijzonder belang zijn

Groepsvrijstellingen geven aan onder welke voorwaarden bepaalde categorieën van vaak voorkomende afspraken aan de voorwaarden voor ontheffing voldoen. Indien een overeenkomst of gedraging onder een groepsvrijstelling valt, dan is het kartelverbod niet van toepassing. Hoewel de EG-Groepsvrijstellingen slechts van toepassing zijn op afspraken met een communautaire dimensie, zijn de voorwaarden van de groepsvrijstellingen ook van toepassing op overeenkomsten in België met een nationale dimensie.³⁹ Het kartelverbod geldt dan ook niet voor afspraken die aan de voorwaarden van de Europese groepsvrijstelling voldoen.⁴⁰ De groepsvrijstellingen die voor de zorgsector van bijzonder belang kunnen zijn, zijn de groepsvrijstellingen voor specialisatieovereenkomsten⁴¹, voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten⁴² en voor verticale overeenkomsten.⁴³

37 Zie hiervoor J. STUYCK, “Horizontale overeenkomsten – Relaties met concurrenten”, in Y. MONTANGIE (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 51; A.-M. VAN DEN BOSSCHE, *Horizontale overeenkomsten en EG – Mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2002, 149.

38 Zie F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER en A. VANDERELST, *Vertical agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, 2006, 453.

39 E. BALLON, “De relatie tussen nationaal en Europees mededingingsrecht”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De hervormde Belgische Mededingingswet*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 62.

40 Ook de Mededingingswet voorziet in de mogelijkheid van groepsvrijstellingen, met name bij koninklijk besluit genomen op grond van art. 50 WEM. Op heden zijn nog geen koninklijke besluiten houdende groepsvrijstelling genomen. Zie D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 143.

41 Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *PB. L. 304* van 29 november 2000, 5.

42 Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PB. L. 304* van 29 november 2000, 7.

43 Verordening nr. 2790/1999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PB. L. 336* van 22 december 1999, 21.

De Europese groepsvrijstelling voor *specialisatieovereenkomsten* heeft betrekking op concurrerende ondernemingen die afspreken om bepaalde goederen of diensten gezamenlijk te vervaardigen. Het gaat hier om vormen van samenwerking die veelal grote investeringen vereisen en waarbij de samenwerking een duidelijke technische of economische verbetering oplevert. De groepsvrijstelling voor *onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten* geldt wanneer concurrerende ondernemingen overeenkomen om gezamenlijk onderzoek te verrichten naar de ontwikkeling van nieuwe producten. De groepsvrijstelling voor *verticale overeenkomsten* betreft verticale afspraken over de voorwaarden waaronder de betrokken ondernemingen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Verticale overeenkomsten kunnen leiden tot een vermindering van de transactie- en distributiekosten.⁴⁴ Een producent van hulpmiddelen sluit met een ziekenhuisapothek een afnamecontract voor bv. drie jaar en de producent heeft een marktaandeel van minder dan 30 %. Contractueel is overeengekomen dat de apothek 90 % van haar hulpmiddeleninkoop bij de firma moet betrekken, waarvoor de apothek in ruil een extra korting van 2 % wordt toegekend op haar inkopen. Deze afspraak valt volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit onder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.⁴⁵

B. Diensten van algemeen economisch belang

De diensten van algemeen belang zijn van essentieel belang voor het dagelijks leven van burgers en ondernemingen en zijn een uiting van het Europese samenlevingsmodel. Ze vervullen een essentiële opdracht voor het bevorderen van de sociale, economische en territoriale samenhang in de EU en zijn van vitaal belang voor de duurzame ontwikkeling van de EU.⁴⁶ Er kunnen twee soorten diensten van algemeen belang onderscheiden worden: diensten van algemeen economisch belang en niet-economische diensten.⁴⁷ In het kader van het mededingingsrecht is het volgens het Hof van Justitie de aard van de activiteit die de classificatie van de dienst bepaalt. Om het onderscheid te maken steunt het Hof van Justitie op een reeks criteria die verband houden met de exploitatievoorwaarden van de desbetreffende dienst, zoals het bestaan van een markt, overheidsprerogatieven of solidariteitsverplichtingen. In de praktijk kan eenzelfde entiteit zowel economische als niet-economische diensten verrichten.

⁴⁴ Zie A. VANDERELST en F. WIJCKMANS, *EG – Groepsvrijstellingen – Verticale overeenkomsten en motorvoertuigendistributie*, Brussel, Larcier, 2003, 337.

⁴⁵ Rapport van de Nederlandse Mededingingsautoriteit “Richtsnoeren voor de Zorgsector”, december 2007, 32, www.nmanet.nl/Images/Richtsnoeren%20voor%20de%20zorgsector_tcm16-109563.pdf.

⁴⁶ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, “Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement”, Brussel, 20 november 2007, COM(2007) 725 definitief, 4.

⁴⁷ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, “Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement”, Brussel, 20 november 2007, COM(2007) 725 definitief, 5.

Het essentieel kenmerk van de dienst die overeenkomstig de interne markt regels als een economische activiteit kan worden beschouwd, is dat deze diensten tegen vergoeding geschieden.⁴⁸ Krachtens artikel 87 WEM zijn ook openbare ondernemingen en de ondernemingen waaraan de overheid bijzondere of exclusieve rechten heeft verleend, onderworpen aan de bepalingen van de mededingingswet voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun door of krachtens de wet toevertrouwde taak niet verhindert.⁴⁹⁵⁰

§3. Samenwerkingsverbanden in de gezondheidszorg

A. Prijsafspraken in de gezondheidszorg

Prijsafspraken tussen ziekenhuizen kunnen de mededinging beperken. In de ziekenhuiswetgeving zijn regels voorzien voor de kamersupplementen en ereloon-supplementen die respectievelijk ziekenhuizen en ziekenhuisartsen kunnen vragen.⁵¹ Afspraken tussen ziekenhuizen en/of ziekenhuisartsen onderling waarbij zij zich ertoe verbinden dezelfde supplementen aan te rekenen, kunnen in strijd zijn met het kartelverbod.

In de schoot van de Dienst voor geneeskundige verzorging van het RIZIV worden overeenkomsten en akkoorden onderhandeld en gesloten door overeenkomsten- en akkoordencommissies. In deze commissies zitten een gelijk

⁴⁸ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, "Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement", Brussel, 20 november 2007, COM(2007) 725 definitief, 6.

⁴⁹ Wetsontwerp van 10 december 1990 tot bescherming van de economische mededinging. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 47-1282/1, 36.

⁵⁰ Zo is er sprake van een dienst van algemeen economisch belang wanneer een medische hulpverleningsorganisatie belast is met een taak van algemeen economisch belang die erin bestaat om dag en nacht in het betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting. (H.v.J. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, 8089, 55).

⁵¹ Art. 90. §1. Ziekenhuiswet "Voor het verblijf in een individuele kamer of een tweepatiëntenkamer, met inbegrip van de daghospitalisatie, mag boven het budget van financiële middelen, ten laste van de patiënt die zulke kamer heeft geëist, een supplement worden aangerekend op voorwaarde dat tenminste de helft van het aantal bedden in het ziekenhuis beschikbaar kan worden gesteld voor het onderbrengen van patiënten die zonder supplementen wensen te worden opgenomen. ... De Koning stelt het maximum van het bedrag van het in het eerste lid bedoelde supplement vast dat respectievelijk voor het verblijf in een individuele kamer en in een tweepatiëntenkamer mag worden aangerekend, na paritaire raadpleging van de verzekeringsinstellingen inzake verzekering voor geneeskundige verzorging en van de organen die de beheerders der ziekenhuizen vertegenwoordigen". Voor de uitvoering van dit artikel zie artt. 1 e.v. van het KB van 29 september 2002 tot uitvoering van artikel 90, §1, derde lid ZKHW, *B.S.* 29 oktober 2002; Voor ereloon-supplementen, zie art. 138, §4 ZKHW.

aantal vertegenwoordigers van de verzekeringsinstellingen en van de representatieve organisaties van de betrokken beroepen of inrichtingen, diensten of instellingen. De artsen en tandartsen enerzijds en de verzekeringsinstellingen anderzijds komen samen in de akkoordencommissies. De akkoorden stellen de honoraria vast die ten overstaan van de rechthebbenden van de verzekering worden nageleefd door de geneesheren en tandheelkundigen die worden geacht tot de akkoorden toegetreden te zijn. Collectieve onderhandelingen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars zijn niet uitgesloten, zolang er maar geen sprake is van enige druk of dwang voor de individuele zorgaanbieders om in te stemmen met het onderhandelingsresultaat.⁵² Wanneer de collectieve onderhandelingen verplicht worden gesteld door de overheid moet wel rekening worden gehouden met de gecombineerde toepassing van de artikelen 3, 10 en 81 EG. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat er strijdigheid met de artikelen 10 EG en 81 EG bestaat wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt of de werking ervan versterkt, dan wel de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers delegeert in plaats van zijn eigen regels te laten gelden.⁵³

B. Marktverdelingsafspraken in de zorg

Om het uitgavenpeil in de hand te houden en om een overaanbod aan voorzieningen te vermijden doet de overheid sinds geruime tijd aan aanbodsbeheersing. De huidige programmatiecriteria van ziekenhuizen zijn instrumenten om de beheersing van het aanbod te toetsen. De programmatie stelt bv. vast hoeveel bedden er maximaal per groep kunnen zijn. De criteria zijn een uitdrukking van wat de behoefte van de bevolking geacht wordt te zijn ten aanzien van de ziekenhuisverzorging. De programmatie heeft zich doorheen de tijd uitgebreid en heeft niet meer enkel betrekking op ziekenhuizen. Ook voor ziekenhuisgroeperingen, ziekenhuisdiensten, medische en medisch-technische diensten, functies, en de installatie van bepaalde zware medische apparatuur is er een programmatie gekomen. Programmatie kan nu worden opgevat als een middel om bezuinigingen door te duwen en om uitgaven in de gezondheidszorg af te remmen. Hierdoor staat programmatie ver af van de oorspronkelijke bedoeling, namelijk het nastreven van een goede geografische spreiding. Bij het uitwerken van programmatiecriteria moet de overheid rekening houden met artikel 10 EG-Verdrag.⁵⁴ Marktverdelingsafspraken die zorgverzekeraars zou-

⁵² Besluit van de d-g NMa nr. 882 *Texincare Sales B.V. en Tevic International B.V. – Amicon Zorgverzekeraars*, 18 juni 1999.

⁵³ HvJ C-35/99, *Arduino Jur* 1999, I-1529, 34; HvJ C-94/04 en C-202/04, *Cipolla Jur* 2004, I-11421, 47; HvJ, C-446/05, *Doulamis*, 13 maart 2008, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

⁵⁴ *Supra*, 1680.

den afsluiten in alle contracten met zorgaanbieders⁵⁵ kunnen de toetreding van mogelijke concurrenten tot de markt beperken.⁵⁶

Afspraken tussen ziekenhuizen omtrent de verdeling van patiënten op basis van bv. hun woonplaats kunnen verboden worden.

C. Afspraken over kwaliteit en doelmatige zorgverlening

Het recht op kwaliteitsvolle zorg is in België wettelijk verankerd in artikel 5 van de Patiëntenrechtenwet.⁵⁷ Inhoudelijk strekt het recht op kwaliteitsvolle zorg ertoe aan iedere patiënt in zijn rechtsverhouding met de beroepsbeoefenaar, een goede, zorgvuldige en kwaliteitsvolle zorg te garanderen.⁵⁸ Overleg over kwaliteitsbevordering op zich is allicht niet mededingingsbeperkend, aangezien dit enkel tot doel heeft aan de hand van objectieve en transparante criteria het kwaliteitsniveau te bevorderen.⁵⁹ Belangrijk is evenwel dat de afspraken de kwaliteit van zorg betreffen. Wanneer bij de afspraken de toegang tot de markt belemmerd wordt kunnen de afspraken wel in strijd komen met het Mededingingsrecht.⁶⁰

Kwaliteitsafspraken mogen innovatie niet verhinderen. Ontwikkelingen van bijvoorbeeld nieuwe behandelmethodes mogen door de gemaakte afspraken niet worden geremd. Ook mogen kwaliteitsafspraken geen belemmering vormen voor diversiteit en vernieuwing van organisatievormen waarin zorg wordt aangeboden. Er zal ook steeds moeten worden onderzocht of afspraken over bepaalde kwaliteitsaspecten, zoals bv. over openingstijden, over extra service of inrichting van de praktijk, een concurrentieparameter vormen en of zij mogelijk de mededinging raken. De Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft alvast geoordeeld dat afspraken tussen zorgaanbieders met betrekking tot dergelijke concurrentieparameters in strijd zijn met de Mededingingswet.⁶¹

D. Gezamenlijke inkopen door ziekenhuizen

Wanneer een aantal ziekenhuizen een pool oprichten teneinde alle of het merendeel van hun inkopen in een bepaald productsegment gezamenlijk te doen, kan er sprake zijn van een overtreding van artikel 2, §1 WEM indien dergelijke

⁵⁵ J.W. VAN DE GRONDEN, “Mededingingsrecht en gezondheidszorg”, *Markt en mededinging*, december 2001, Elsevier Juridisch, 5-6.

⁵⁶ Zie besluit van de d-g NMa van 27 augustus 1998 in Zaak 379/KNMvD, 71-73. Zie meer specifiek voor de Verenigde Staten ABA Section of Antitrust Law, *Anti-trust Health Care Handbook*, 3rd edition, 2004, 44.

⁵⁷ Art. 5 luidt als volgt: “De patiënt heeft, met eerbiediging van zijn menselijke waardigheid en zijn zelfbeschikking en zonder enig onderscheid op welke grond ook, tegenover de beroepsbeoefenaar recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking die beantwoordt aan zijn behoeften”.

⁵⁸ S. CALLENS, I. VOLBRAGT en H. NYS, *Kostenbesparende richtlijnen, kwaliteitsvolle zorg en medische aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 121-122.

⁵⁹ J.W. VAN DE GRONDEN, “Mededingingsrecht en gezondheidszorg”, *Markt en mededinging*, december 2001, Elsevier Juridisch, 7.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Rapport van de Nederlandse Mededingingsautoriteit “Richtsnoeren voor de Zorgsector”, december 2007, 47, www.nmanet.nl/Images/Richtsnoeren%20voor%20de%20zorgsector_tcm16-109563.pdf.

kanalisering van inkoop een harmoniserende invloed heeft op de inkooprijzen of op het competitief gedrag van de participerende ziekenhuizen. Een dergelijke inkoopcombinatie kan echter ook gunstige effecten hebben. Kleinere ondernemingen kunnen in staat gesteld worden betere prijzen te negotiëren.⁶² De mededinging zal in het gedrang komen wanneer te grote machtsconcentraties op de vaak regionale zorginkoopmarkten voorkomen.⁶³ Inkoopovereenkomsten zijn uit hun aard in strijd met artikel 2, §1 WEM wanneer zij worden gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten.

E. Therapeutische formularia voor medische hulpmiddelen en geneesmiddelen

Overeenkomstig artikel 25, §1 van het Koninklijk Besluit van 4 maart 1991 houdende vaststelling van de normen waaraan een ziekenhuisapothek moet voldoen om te worden erkend is een therapeutisch formularium een verplichte lijst van geneesmiddelen, gekozen op overwogen en economisch verantwoorde wijze, die permanent beschikbaar zijn teneinde aan de diagnostische en therapeutische behoeften te kunnen voldoen. Vraag is of het gebruik van een therapeutisch formularium tot mededingingsrechtelijke problemen kan leiden wanneer daardoor fabrikanten en verdelers van geneesmiddelen sterk in hun afzetmogelijkheden worden beperkt.⁶⁴ Wanneer een bepaald geneesmiddel niet op de lijst voorkomt kan het product niet zomaar aan de patiënten worden geleverd. Indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, kunnen dergelijke lijsten volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit onder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten vallen.⁶⁵ Wanneer niet aan de voorwaarden is voldaan zal er tot een individuele toetsing van de formularia moeten worden overgegaan.

F. Groeperingen en associaties van ziekenhuizen

In België zijn enkele samenwerkingsvormen tussen ziekenhuizen bij wet geregeld, zoals fusies, groeperingen en associaties van ziekenhuizen. Een groepering is een erkend juridisch geformaliseerd duurzaam samenwerkingsverband tussen ziekenhuizen waarbij afspraken worden gemaakt tot taakverdeling en complementariteit op het vlak van aanbod van diensten, disciplines of uitrustingen, om aldus beter te beantwoorden aan de behoeften van de bevolking en om de kwaliteit van de gezondheidszorg te verbeteren.⁶⁶ Een associatie is een

⁶² D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 163.

⁶³ J.W. VAN DE GRONDEN, "Mededingingsrecht en gezondheidszorg", *Markt en mededinging*, december 2001, Elsevier Juridisch, 9.

⁶⁴ Rapport Nationale Mededingingsautoriteit Nederland "Richtsnoeren voor de Zorgsector", 2001, www.nmanet.nl/Images/11_3533_tcm16-21325.pdf, 202.

⁶⁵ Verordening nr. 2790/1999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *P.B. L* 336 van 22 december 1999, 21.

⁶⁶ Art. 8 van het KB van 30 januari 1989 houdende vaststelling van aanvullende normen voor de erkenning van ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten alsmede tot nadere omschrijving van de ziekenhuisgroeperingen en van de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen, *B.S.* 21 februari 1989.

juridisch geformaliseerd duurzaam samenwerkingsverband tussen twee of meerdere ziekenhuizen gericht op het gezamenlijk exploiteren van één of meerdere zorgprogramma's, ziekenhuisdiensten, -functies, -afdelingen, medische diensten, medisch-technische diensten of technische diensten, dat erkend is door de minister.⁶⁷ Om een optimale aanwending van de beschikbare middelen door overlappingsen in het aanbod van diensten te vermijden en de kwaliteit van de verzorging te waarborgen moeten de deelnemende ziekenhuizen het bewijs leveren van een voldoende activiteitsniveau van de associatie en/of van de behoefte aan de betrokken activiteit binnen de te bedienen bevolking.⁶⁸

Op het eerste gezicht zorgen zowel de groepering als de associatie van ziekenhuizen voor een beperking van de mededinging. Door de samenwerking worden ziekenhuizen immers verhinderd met elkaar in concurrentie te treden met betrekking tot bepaalde diensten. Het doel van de samenwerking is echter het verbeteren van de kwaliteit van de gezondheidszorg en de kwaliteit van de samenwerking moet beantwoorden aan de behoeften van de bevolking. Elke samenwerkingsvorm moet dan ook beoordeeld worden in het licht van artikel 2, §3 WEM. Om een ontheffing krachtens artikel 2, §3 WEM te kunnen verkrijgen, moet een overeenkomst bijdragen aan de verbetering van de productie of de distributie van producten dan wel de technische of economische vooruitgang bevorderen. De voordelen die voortvloeien uit de overeenkomst moeten voor een billijk aandeel ten goede komen aan de gebruikers. Deze twee voorwaarden zijn in principe vervuld door de doelstellingen van de samenwerking. Wanneer deze beperkingen niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen en er voldoende restconcurrentie op de markt overblijft zullen deze samenwerkingsverbanden dan ook onder het toepassingsgebied van artikel 2, §3 WEM vallen. Een analyse van de voorwaarden is echter voor elk samenwerkingsverband *in concreto* geboden.

V. Staatssteun in de gezondheidszorg

Steunmaatregelen van de lidstaten, of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt en behoudens afwijkingen in het Verdrag.⁶⁹

In zijn arrest in de zaak *Altmark* heeft het Hof van Justitie de voorwaarden waaronder compensatie voor een openbare dienst⁷⁰ niet als staatssteun is aan te merken vastgesteld. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en deze verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wij-

⁶⁷ Art. 2 van het KB van 25 april 1997 houdende nadere omschrijving van de associatie van ziekenhuizen en van de bijzondere normen waaraan deze moet voldoen, B.S. 18 juni 1997.

⁶⁸ Art. 5 van het KB van 25 april 1997.

⁶⁹ Art. 87, lid 1 EG-Verdrag.

⁷⁰ Zie "Diensten van algemeen economisch belang".

ze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld. Bovendien mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken. Wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.⁷¹ De Commissie is van oordeel dat een dergelijke staatssteun op grond van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag met het Verdrag verenigbaar kan worden verklaard indien die voor het beheer van de diensten van algemeen economisch belang noodzakelijk is en de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.⁷²

Bij Wet van 13 december 2006⁷³ werd in artikel 2 Ziekenhuiswet een bepaling opgenomen die stelt dat ziekenhuizen een taak van algemeen belang vervullen. De vraag is of dit volstaat opdat compensaties die verleend worden aan ziekenhuizen niet worden beschouwd als staatssteun.⁷⁴

VI. Concentratiecontrole

Artikel 6, §1 WEM bepaalt naar het model van Verordening nr. 139/2004⁷⁵ dat *“Voor de toepassing van deze wet komt een concentratie tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit:*

- 1e de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen;*
- 2e het verkrijgen, door één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten of door één of meer ondernemingen, van de zeggenschap – door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreeks of onrechtstreeks, over één of meer andere ondernemingen of delen ervan”.*

⁷¹ H.v.J., C-280/00, *Altmark Trans*, Jur. 2003, PB. C 226 van 20 september 2003, 89-93.

⁷² Mededeling van de Commissie, Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, PB. C. 297, 29 november 2005, 4, 8.

⁷³ Art. 268 van de Wet van 13 december 2006 houdende diverse bepalingen betreffende gezondheid, B.S. 22 december 2006, 73782.

⁷⁴ V. HATZOPOULOS, “Public Procurement and state aid in national healthcare systems”, 10 e.v. in EUROPEAN LEGAL STUDIES, *Research papers in law*, 1/2008, te vinden op www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_1_2008_Hatzopoulos.pdf.

⁷⁵ Verordening nr. 139/2004 Raad 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PB. L 24, 29 januari 2004, 1.

Vervolgens voegt artikel 6, §2 WEM daar het volgende aan toe:

“De oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, vormt een Concentratie in de zin van §1, b”.

De WEM beschouwt dus fusies, acquisities en (sommige) gemeenschappelijke dochterondernemingen (joint ventures) als een concentratie.⁷⁶ Concentraties van ondernemingen kunnen resulteren in machtige ondernemingen die dominant genoeg zijn om op een bepaalde markt de concurrentie significant te beïnvloeden of uit te schakelen.

In België is het voor ziekenhuizen zeker niet de gewoonte om de fusies⁷⁷ van ziekenhuizen of andere actoren uit de zorg aan te melden. Toch vonden in het verleden fusies van ziekenhuizen plaats die allicht de aanmeldingsdrempels uit de WEM overschreden.⁷⁸

In het buitenland worden fusies van ziekenhuizen wel regelmatig beoordeeld door de nationale mededingingsautoriteiten.⁷⁹ Om te bepalen of er mogelijk sprake is van een economische machtspositie zal de relevante markt worden afgebakend.⁸⁰ Bij het bepalen van de positie van ziekenhuizen op de relevante markt spelen diverse factoren een rol. Met name de marktstructuur en de daaruit af te leiden marktaandelen op de relevante markt zijn indicatoren voor het vaststellen van een economische machtspositie.⁸¹

VII. Noodzaak tot marktordening in de gezondheidszorg

In België is het debat over de invoering van concurrentie in de gezondheidszorg nog niet echt op gang gekomen. Toch moet nu al de vraag worden gesteld of de evoluties in Nederland en de Verenigde Staten ook bij ons van toepassing kunnen zijn. De stelsels van gezondheidszorg in voormelde landen zijn wel geheel verschillend maar toch kunnen o.i. belangrijke lessen getrokken worden uit de bevindingen uit het buitenland.

⁷⁶ P. WYTINCK, “Concentratiecontrole naar Belgisch mededingingsrecht (na de wetten van 10 juni 2006)”, in J. STUYCK, W. DEVROE en P. WYTINCK, *De nieuwe Belgische Mededingingswet 2006*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2007, 66.

⁷⁷ KB van 31 mei 1989 houdende nadere omschrijving van de fusie van ziekenhuizen en van de bijzondere normen waaraan deze moet voldoen, *B.S.* 5 juli 1989.

⁷⁸ Art. 7 WEM.

⁷⁹ Zie www.nmanet.nl. In Duitsland werd een fusie tegengehouden door het Duitse Federal Cartel Office omdat die zou hebben geleid tot een totstandkoming of versterking van een machtspositie op de markt van de acute ziekenhuisczorg, Zie M. KLASSE, “The German Federal Court of Justice confirms a merger prohibition decision and the Court’s and NCA’s assessment of the hospital sector”, *e-competitions*, februari 2008-I.

⁸⁰ *Supra*, nr. 2296.

⁸¹ Rapport van de Nederlandse Mededingingsautoriteit “Richtsnoeren voor de Zorgsector”, december 2007, 74 www.nmanet.nl/Images/Richtsnoeren%20voor%20de%20zorgsector_tcm16-109563.pdf.

In Nederland probeert men, door verscheidene wetswijzigingen⁸² en de invoer van de Wet Marktordening Gezondheidszorg⁸³ en de Nationale Zorgautoriteit, efficiëntie, keuze, kwaliteit en toegankelijkheid van zorgmarkten nu een centrale plaats te geven in de gezondheidszorg.⁸⁴ Vereist is dat er een stevig toezicht op de markt is. De nieuwe Wet Marktordening Gezondheidszorg⁸⁵ heeft in Nederland de Nationale Zorgautoriteit (hierna NZa) in het leven geroepen. Dit orgaan staat in voor het toezicht op de zorgmarkt in Nederland. In het document “Strategie Nederlandse Zorgautoriteit”⁸⁶ heeft de NZa haar strategie en doelstellingen uiteengezet. Daaruit blijkt dat het accent van het toezicht ligt op het pro-actief vaststellen van condities voor marktwerking en de handhaving daarvan. Efficiëntie, keuze, kwaliteit en toegankelijkheid van zorgmarkten bekleeden daarbij een centrale plaats. De NZa wil een deskundige, transparante en betrouwbare toezichthouder zijn die, door toezicht op het marktgedrag en/of regulering van markten⁸⁷, de publieke belangen zoals betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit waarborgt.

De vraag is of een dergelijke “Zorgautoriteit” ook in België nodig is. De discussie rond de invloed van het mededingingsrecht in België is nog nieuw. De mededingingsregels zijn nochtans op de verschillende gezondheidsspelers van toepassing en bepaalde afspraken tussen deze actoren kunnen een invloed hebben op de mededinging. De impact van deze gedragingen moet geëvalueerd worden. Het is o.i. aangewezen dat er duidelijke richtlijnen tot stand komen om bepaalde gedragingen te sturen en te bepalen wat al dan niet toegestaan is. Een sectorale toezichthouder kan hier een belangrijke rol spelen op voorwaarde dat er nauw wordt samengewerkt met de nationale mededingingsautoriteit. De proliferatie van toezichthouders houdt immers gevaren in. Als steeds meer toezichthouders worden gecreëerd die deels hetzelfde doen, dan kan dit leiden tot conflicterende beslissingen en rechtsonzekerheid. Bovendien dreigt de proliferatie de relatieve macht van die toezichthouders te doen afnemen. Coördinatie of hiërarchisering van de relatie tussen de nationale mededingingsautoriteit en de toezichthouders lijkt dan ook aangewezen.⁸⁸ Ook voor de toezicht-

⁸² AWBZ en Zorgverzekeringswet.

⁸³ Wet Marktordening Gezondheidszorg, *Stb.* 2006, 432.

⁸⁴ K.D. MEERSMA en I.W. VERLOREN VAN THEMAAT, “Het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg”, *Njb* 11 november 2005, afl. 40, 2084.

⁸⁵ Wet Marktordening Gezondheidszorg, *Stb.* 2006, 432.

⁸⁶ Strategie Nederlandse Zorgautoriteit, Het maken en bewaken van goed werkende zorgmarkten, oktober 2006, www.nza.nl/7113/10118/NZa_Strategie_INCL_VOOR-EN1.pdf.

⁸⁷ Y.A. MAASDAM en G.W.A. VAN DE MEENT, *Wet Marktordening Gezondheidszorg, tekst en toelichting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 90-114; K.D. MEERSMA en I.W. VERLOREN VAN THEMAAT, “Het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg”, *Njb* 11 november 2005, afl. 40, 2084; J. STEYGER, “Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk”, *T. Gez.*, 1-2006, 14; J. SIMONS, J.K.M. GEVERS, “Overheidstoezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg”, *NJB* 29 juni 2007, nr. 26, 1620; Visiedocument “(In) het belang van de consument” van de Nationale Zorgautoriteit, oktober 2007, 8.

⁸⁸ W. DEVROE, “De verhouding tussen mededingingsautoriteiten en sectoriële toezichthouders in België”, in J. STUYCK, W. DEVROE en P. WYTINCK, *De nieuwe*

houders moeten er o.i. beleidsregels tot stand komen die rekening houden met de specificiteit van de gezondheidszorg. Deze beleidsregels moeten volledig rekening houden met de belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg.⁸⁹

Belgische Mededingingswet 2006, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2007, 128.

⁸⁹ J.W. VAN DEN GRONDEN en H.M. STERGIOU., “Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht?”, 37.