

## Samenwerken of fuseren in de (basis)GGZ: de NZa & ACM

Bij een samenwerking of een fusie in de (basis)GGZ speelt de vraag of dit gemeld dient te worden bij de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en/of de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Als niet gemeld hoeft te worden, dienen de betrokken partijen zelf na te gaan of hun samenwerking verenigbaar is met de Mededingingswet (Mw). Dit document biedt een overzicht voor ieder van deze scenario's.

### Samenwerking: verplicht melden bij de NZa & ACM

Bij een fusie, een overname of de vorming van een bepaalde *joint venture*, (hierna gezamenlijk: concentratie) bestaat veelal de verplichting dit vooraf te melden bij de NZa en/of ACM. Als zowel bij de NZa als ACM moet worden gemeld, dient als eerst toestemming van de NZa te worden gevraagd voordat bij ACM kan worden gemeld.

### Melden bij de NZa?

De verplichting om te melden bij de NZa bestaat al snel. Dat is namelijk het geval als sprake is van: (i) een concentratie in de zin van de Mw, waarbij tenminste één zorgaanbieder in de zin van de [Wet marktordening gezondheidszorg](#) (Wmg) is betrokken en, (ii) die aanbieder met 50 personen zorg verleent. Bij een fusie of overname is vrijwel altijd sprake van een concentratie in de zin van de Mw. Bij de vorming van een *joint venture* is dat het geval als sprake is van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

### Met 50 personen zorg doen verlenen

Om te bepalen of de zorgaanbieder in de zin van de Wmg met 50 personen zorg doet verlenen, moet rekening worden gehouden met de ruime uitleg die uit de [Memorie van Toelichting](#) volgt. Niet alleen het aantal personen dat in dienst is bij de zorgaanbieder telt mee voor de eis van 50 personen, maar ook personen die op andere basis werkzaam zijn zoals een toelatingsovereenkomst. Daarbij is het volgens niet van belang of het gaat om een fulltime, parttime, dan wel nuluren dienstverband. Stagiaires dienen niet te worden meegerekend. Ook als een zorgaanbieder met 50 personen zorg verleent en met een niet zorgaanbieder (zoals een hotel) een *joint venture* start, dient dat vooraf te worden gemeld bij de NZa. Voor meer informatie, zie [www.zorgspecifiekefusietoets.nl](http://www.zorgspecifiekefusietoets.nl).

### ACM al akkoord en toch melden bij de NZa?

Ook een concentratie die al door ACM akkoord is bevonden, maar die voor 1 januari 2014 juridisch nog niet tot stand is

gebracht dient na inwerkingtreding van de toets bij de NZa te worden gemeld.

### Hoe toetst de NZa?

Zorgaanbieders zijn gehouden een 'effectrapportage' aan de NZa te overleggen en cliënten, personeel en andere belanghebbenden te betrekken bij de besluitvorming. De NZa geeft toestemming als de zorgaanbieder(s) van tevoren, samen met alle betrokkenen, goed hebben nagedacht over het nut en de risico's van een concentratie. De NZa verricht uitsluitend een procedurele toetsing. De NZa beoordeelt dus niet of de concentratie nuttig is en gaat niet inhoudelijk in op de inbreng van cliënten of personeel. Wel toetst de NZa of de verlening van cruciale zorg niet in gevaar komt door de concentratie. In de GGZ betreft dit de crisis GGZ. Volgens de NZa is dit de zorg bestaande uit de eerste diagnose, de verwijzing en de opvang van patiënten met een acute psychiatrische crisis. Hierbij geldt de voorwaarde dat regionaal is vastgelegd door welke zorgaanbieders de geestelijke gezondheidszorg in crisissituaties wordt geborgd. Aan haar goedkeuring kan de NZa maatregelen verbinden. Het gaat daarbij om het na de concentratie open houden van locaties waar zorg wordt verleend.

### Tijdpad na indiening melding bij de NZa

Nadat is gemeld heeft de NZa in beginsel een termijn van vier weken om een besluit te nemen. Die periode wordt opgeschort als de NZa aan de meldende partijen vragen stelt. Eerst wanneer die vragen afdoende zijn beantwoord, wordt de termijn van de NZa hervat. De termijn van vier weken is niet fataal omdat de NZa om verlenging van de termijn kan vragen. Tot het moment dat de NZa een besluit heeft genomen mag de concentratie niet worden voltooid (*standstill*-verplichting). In spoedgevallen (zoals een dreigend faillissement) kan de NZa een ontheffing voor de *standstill*-verplichting verlenen.

### Melden bij ACM?

Indien de betrokken ondernemingen bij een concentratie de [omzetzempels](#) uit de Mw halen, dient de concentratie (ook) bij ACM te worden gemeld. In de zorg gelden de

volgende omzetcategorieën: de betrokken ondernemingen hebben in het voorafgaande kalenderjaar: (i) gezamenlijk een omzet van EUR 55 miljoen gehaald en, (ii) ten minste twee betrokken ondernemingen hebben ieder een omzet van EUR 10 miljoen gehaald, waarvan (iii) meer dan EUR 5,5 miljoen met het verlenen van zorg. Maakt een onderneming deel uit van een groep dan dient bij de berekening van de omzet uit te worden gegaan van de groepsomzet.

### Niet alle zorgactiviteiten tellen mee

Uitsluitend de omzet die wordt behaald met ondernemingsactiviteiten in de zin van de Mw is relevant bij de vraag of de omzetcategorieën worden gehaald. Zorgactiviteiten waarvoor dit niet het geval is, zijn:

- **BOPZ-zorg:** de Wet Bopz voorziet in een gedwongen opname op basis van een rechterlijke machtiging of op last van de burgemeester. ACM heeft eerder bepaald dat hierbij geen sprake is van een ondernemingsactiviteit in de zin van de Mw;
- **Gesloten jeugdzorg:** wordt geleverd na machtiging van de kinderrechter. ACM heeft eerder bepaald dat ook hierbij er geen sprake is van ondernemingsactiviteiten in de zin van de Mw.

De omzet die is behaald met Bopz en gesloten jeugdzorg dient dus buiten beschouwing te blijven bij de vraag of bij een concentratie de omzetcategorieën uit de Mw worden gehaald. Mogelijk geldt ook voor andere zorgactiviteiten dat er geen sprake is van een ondernemingsactiviteit in de zin van de Mw, omdat er geen ruimte voor concurrentie bestaat. Bij twijfel is het raadzaam dit vooraf goed te toetsen. Dit nu enerzijds mogelijk geen meldingsplicht bij ACM bestaat, maar anderzijds geldt dat het ten onrechte niet melden van een concentratie bij ACM door ACM beboet kan worden.

### Wanneer is melden bij ACM mogelijk?

ACM toetst een concentratie die meldingsplichtig is eerst nadat de NZa groen licht heeft gegeven. Melden bij ACM terwijl de NZa nog geen besluit heeft genomen, is dus niet mogelijk. Ook geldt dat ACM alleen wanneer het voornemen van de betrokken partijen te komen tot de concentratie voldoende concreet is ACM haar toetsing zal verrichten. Met andere woorden, de intentie van de partijen om de concentratie tot stand te brengen en de vorm van de concentratie dient vast te staan. Nadat bij ACM is gemeld, verschijnt daarover een bericht op [www.acm.nl](http://www.acm.nl) en in de Staatscourant. ACM stelt belanghebbenden daarbij in de gelegenheid hun zienswijze aan ACM kenbaar maken.

### Hoe toetst ACM?

ACM toetst of de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt op significante wijze belemmert. Op grond van de **beleidsregel concentratie zorgaanbieders** is ACM gehouden in veel gevallen de betrokken

cliëntenraden en gemeenten, in hun rol van zorginkoper, te raadplegen. Daarnaast vraagt ACM aan de NZa of zij een **zienswijze** aan ACM wenst te geven. De NZa is daartoe niet verplicht.

### Productmarkten in de (basis)GGZ

ACM gaat aan de hand van productmarkten na welke gevolgen de concentratie zal hebben. ACM gaat vooralsnog uit van de volgende productmarkten:

- **GGZ basiszorg** (huisarts + POH GGZ)
- **Generalistische Basis GGZ** (gbGGZ)
- **Specialistische GGZ** (sGGZ):
  - Niet klinische sGGZ
  - Klinische sGGZ
  - Verslavingszorg

Zowel op de markten voor gbGGZ als sGGZ gaat ACM uit van aparte markten voor: (i) kinderen + jeugd en, (ii) volwassenen + ouderen.

### Geografische markten in de GGZ

Naast de productmarkt bakent ACM één of meerdere geografische markten af om de gevolgen van de concentratie te beoordelen. ACM gaat daarbij uit van de GHOR-regio's. Daarmee is niet gezegd dat deze regio's steeds de (enige) relevante geografische markt(en) vormen. Zo geeft ACM **eerder** aan dat ook rekening gehouden kan worden met de aanwezigheid van klinische capaciteit gelegen (net) buiten een bepaalde regio. Dit is het geval indien cliënten voor klinische GGZ intern door (kunnen) worden verwezen naar locaties van dezelfde (of partner)instelling buiten de betrokken regio.

### Tijdpad na indienen melding bij ACM

Nadat de melding is ingediend start de eerste of meldingsfase. ACM heeft daarbij een termijn van vier weken om een besluit te nemen. De termijn wordt opgeschort zodra ACM de meldende partijen vragen stelt. Eerst nadat die afdoende zijn beantwoord, wordt de behandeltermijn hervat. Concludeert ACM tijdens de eerste fase van haar onderzoek dat de concentratie niet tot een significante belemmering van de mededinging leidt dan geeft ACM groen licht. In andere gevallen besluit ACM dat een vergunningaanvraag is vereist. Nadat de vergunningaanvraag is ingediend, heeft ACM in de tweede of vergunningsfase een termijn van dertien weken voor haar aanvullende onderzoek naar de concentratie. Ook deze termijn wordt opgeschort tot het moment dat de meldende partijen ACM voorzien van antwoorden op de vragen die ACM stelt. In de praktijk kan zowel de eerste als tweede fase aanzienlijk langer duren dan vier respectievelijk dertien weken. ACM besluit in de tweede fase: (i) een vergunning te verlenen, (ii) een vergunning alleen onder voorwaarden te verlenen, of (iii) een vergunning te weigeren.

## NZa tweemaal aan zet: een verschillend oordeel mogelijk?

De fusietoets is een procedurele toets, waarbij de NZa nagaat of de partijen bij een concentratie de werknemers en cliënten voldoende hebben geïnformeerd over hun plannen en de cruciale zorg niet in gevaar komt. In de zienswijze aan ACM geeft de NZa een oordeel over de gevolgen van de concentratie voor de publieke belangen aan ACM. Daarbij is het volgens de NZa mogelijk dat een concentratie procedureel goed is voorbereid, maar toch leidt tot mogelijke prijsstijgingen. Dan zal de NZa positief besluiten in het kader van de zorgspecifieke fusietoets, maar vervolgens als ACM aan zet is de prijsstijging in haar zienswijze aan ACM rapporteren. Het is vervolgens aan ACM om een definitief besluit over de concentratie te nemen. ACM is niet gehouden de zienswijze van de NZa over te nemen.

## Wegnemen van bezwaren van ACM

Zowel in de eerste als de tweede fase bestaat de mogelijkheid om de bezwaren van ACM weg te nemen door toezeggingen aan ACM te doen. Dat kan zijn het afstoten van bepaalde locaties of capaciteit aan een concurrent. Het kan raadzaam zijn vooraf de slagingskansen van een traject bij ACM te verkennen.

## Samenwerking zelfstandig toetsen aan het kartelverbod

Samenwerking die niet meldingsplichtig is bij ACM, dient verenigbaar te zijn met het kartelverbod uit de Mw. Het is aan de betrokken partijen zelf om dit na te gaan. Dit geldt bijvoorbeeld in het geval sprake is van de vorming van een *joint venture* die niet als een duurzaam zelfstandige onderneming in de zin van de Mw kwalificeert. Bij de vraag of deze samenwerking verenigbaar is met de Mw is een voorname vraag of de betrokken partijen als (potentiële) concurrenten kwalificeren. Dat is in ieder geval aan orde wanneer zij dezelfde zorg aanbieden en hun

verzorgingsgebieden overlappen. Hierbij dient rekening te worden gehouden met het feit dat ACM eerder heeft aangegeven dat sprake is van één heterogene productmarkt voor niet-klinische GGZ, waarop geïntegreerde GGZ-instellingen onderling, met vrijgevestigde aanbieders en met niet-geïntegreerde GGZ aanbieders concurreren. Samenwerking tussen concurrenten die niet verenigbaar is met het kartelverbod kan door ACM worden beboet.

## Vooraf verkennen van de structuur van een samenwerking loont

Samenwerking in de (basis)GGZ is in bepaalde gevallen ook zo vorm te geven dat geen meldingsplicht bij de NZa en ACM ontstaat, maar toetsing aan het kartelverbod volstaat. Voor zorgaanbieders met samenwerkingsplannen is er dus een alternatief traject voor de toetsing door de NZa en ACM denkbaar. In bepaalde gevallen kan een samenwerking zo vorm worden gegeven dat er geen sprake is van een concentratie in de zin van de Mw. Melding bij de NZa en ACM blijft dan achterwege. Op die manier is hetzelfde doel vaak sneller en goedkoper te bereiken. Een voorbeeld is om een *joint venture* zo vorm te geven dat daarbij geen sprake is een concentratie, waardoor geen sprake is van een verplichte melding bij NZa en ACM. Kortom, het loont de moeite vooraf de mogelijkheden bij de structuur van de beoogde samenwerking te verkennen.

Samenwerking tussen concurrenten dient steeds verenigbaar te zijn met de Mw. Ook als de beoogde samenwerking een beperking van de mededinging oplevert, kan de samenwerking geoorloofd zijn. De Mw voorziet in een vrijstelling van het kartelverbod wanneer aan een aantal condities wordt voldaan. Dat is het geval wanneer -kort samengevat- de voordelen opwegen tegen de nadelen en die voordelen de klanten te goede komen. Bij twijfel of van de vrijstelling kan worden geprofiteerd, is het raadzaam een expert te raadplegen.

## Contact

### Maverick Advocaten N.V.

Barbara Strozziilaan 101

1083 HN Amsterdam

T +31 20 240 22 72

[www.maverick-law.com](http://www.maverick-law.com)

Volg Maverick op Twitter: @MaverickLawyers



**Diederik Schrijvershof**

T +31 20 240 22 73

M +31 6 81 364 318

[diederik.schrijvershof@maverick-law.com](mailto:diederik.schrijvershof@maverick-law.com)



**Martijn van de Hel**

T +31 20 240 22 72

M +31 6 21 210 853

[martijn.vandehel@maverick-law.com](mailto:martijn.vandehel@maverick-law.com)



**Bas Braeken**

T +31 20 240 22 71

M +31 6 11 592 679

[bas.braeken@maverick-law.com](mailto:bas.braeken@maverick-law.com)