



NVZ-reactie op concept-Leidraad Brancheorganisaties en zorgcontractering ACM

Inleiding

Graag maakt de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) van de gelegenheid gebruik om te reageren op de concept-leidraad Brancheorganisaties en zorgcontractering van de ACM die ter consultatie voorligt. De NVZ stelt het op prijs dat de ACM duidelijkheid schept over de wijze waarop zij gebruik zal maken van haar toezichthoudende bevoegdheden. In de concept-leidraad ziet de NVZ onvoldoende terug dat de zorg toch echt een andere sector is vergeleken met andere sectoren in de Nederlandse economie. Sterker nog, op sommige punten lijkt sprake van een overreactie van de ACM als het gaat om wat brancheorganisaties in de zorg wel en niet zouden mogen. Dat geldt onder andere voor de inperking van mogelijkheden om technische zaken uit te leggen en te duiden. Ook mist de NVZ ten enenmale een uitgewerkte visie op de wijze waarop het mededingingstoezicht zich verhoudt tot het Integraal Zorgakkoord. Hieronder gaan we uitgebreider in op onze opmerkingen bij de concept-leidraad.

Algemeen

In de zorgsector is sprake van 'gereguleerde marktwerking'. De regulering behelst dat zorgpartijen aan verschillende wet- en regelgeving moeten voldoen op het gebied van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg, in het belang van de patiënt c.q. verzekerde. Deze wet- en regelgeving is vastgelegd in onder andere de Wet marktordening gezondheidszorg, de Zorgverzekeringswet, de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, de Wet toetreding zorgaanbieders, de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg en de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Daarmee is het handelen van zorgpartijen sterk ingekaderd.

Naast de formele wet- en regelgeving is er ook informele regelgeving die het handelen van zorgpartijen stuurt. Sinds 2012 zijn er hoofdlijnenakkoorden die het ministerie van VWS met zorgpartijen in verschillende zorgsectoren heeft gesloten om gewenste veranderingen in de zorg te bewerkstelligen en de groei van de zorguitgaven te beperken. Zo zijn er afspraken gemaakt over de maximaal beschikbare groeiruimte – in termen van volume en prijs – voor de zorg. Zorgpartijen hebben zich daaraan gecommitteerd via hun branches waardoor de facto de manoeuvreerruimte van zorgpartijen om daarvan af te wijken beperkt is. Als slot op de deur om de betaalbaarheid van zorg in Nederland te borgen, is in de Wet marktordening gezondheidszorg het macrobeheersinstrument opgenomen. Bij overschrijdingen van het makro-kader kan het ministerie van VWS de NZa de opdracht geven deze ongedaan te maken door zorgaanbieders te verplichten naar rato een



bedrag te storten in het Zorgverzekeringsfonds. Hiermee is op macroniveau de betaalbaarheid van zorg voor patiënten, verzekerden en burgers geborgd.

2/7

Het Integraal Zorgakkoord dat in september 2022 is gesloten, gaat verder dan de eerdere hoofdlijnenakkoorden. Zorgpartijen in verschillende zorgsectoren hebben zich gezamenlijk verbonden aan de maatschappelijke opdracht om de zorg te transformeren. Alle zijden van de driehoek van het zorgstelsel (patiënt/verzekerde, zorgaanbieder, zorginkoper) waren vertegenwoordigd bij het Integraal Zorgakkoord, naast het ministerie van VWS en de NZa. De kern van het Integraal Zorgakkoord behelst dat het leveren van passende zorg aan de patiënt gebaat is bij een intensievere samenwerking tussen zorgpartijen, óver de schotten van sectoren en organisaties heen. Hiermee wordt een belangrijke stap gezet van 'gereguleerde marktwerking' naar 'gereguleerde samenwerking'. Waar de Mededingingswet mede bedoeld is om ongewenste effecten als gevolg van afstemming tussen marktpartijen te voorkomen, zijn de afspraken in het Integraal Zorgakkoord juist bedoeld om gewenste effecten van samenwerking tussen zorgpartijen te bevorderen voor het patiëntenbelang. Het is onvermijdelijk is dat dit gevolgen moet hebben voor de wijze waarop de ACM via de Mededingingswet toezicht houdt op de zorgsector.

Het mededingingsrecht is bij uitstek contextafhankelijk. Een visie van de ACM op de context van het Integraal Zorgakkoord ontbreekt echter, behoudens de verwijzing naar het Integraal Zorgakkoord waarin het uitgangspunt onderschreven wordt dat het grootste deel van de zorg concurrentieel wordt ingekocht en op individuele basis wordt onderhandeld en gecontracteerd. Het Integraal Zorgakkoord dat van alle zorgpartijen een andere manier van werken vraagt om een bijdrage aan de zorgtransformatie te leveren, dreigt zo verstrikt te raken in de mededingingsregels als de ACM op de oude manier achteraf blijft toetsen.

De concept-leidraad die nu voorligt is daar een uiting van. De ACM laat het mededingingsrecht los op de zorg zonder rekening te houden met de context van het Integraal Zorgakkoord. Wij zullen dat hieronder illustreren aan de hand van concrete voorbeelden.

Specifiek

Wellicht ten overvloede merkt de NVZ op dat de ACM nergens in haar Leidraad voorbeelden uit haar beschikkingenpraktijk of jurisprudentie aanhaalt, ter staving van haar geboden en verboden, terwijl de toepassing van het mededingingsrecht altijd casus-afhankelijk is. Er is in de loop der jaren jurisprudentie geweest – zowel binnen Nederland als op Europees niveau – over aanbevelingen van brancheorganisaties. Het is een gemis dat nergens in de concept-leidraad wordt verwezen naar deze jurisprudentie. De NVZ dringt er bij de ACM op aan om in de definitieve leidraad haar ge- en verboden te staven met jurisprudentie.



Verder valt het de NVZ op dat de voorbeelden in de concept-leidraad vrijwel uitsluitend voorbeelden zijn vanuit zorgaanbieders.

Randnummer 14

In randnummer 14 van de concept-leidraad haalt de ACM de afspraak aan die in het Integraal Zorgakkoord is gemaakt over de doorvertaling van de loon- en prijsbijstelling. Het bevreemdt de NVZ om nu – voor het eerst - te lezen dat de ACM op verschillende vragen van individuele (IZA-)partijen geantwoord heeft dat deze afspraak, in isolatie gelezen, strijdig is met het kartelverbod.

3/7

In de eerste plaats zijn er in het Integraal Zorgakkoord bewust 'hardere' afspraken over de doorvertaling van de loon- en prijsontwikkeling opgenomen dan in het eerdere Hoofdlijnenakkoord. De afspraak over de doorvertaling van de loon- en prijsbijstelling is een resultaatsafspraken. Zorgpartijen hebben in het Integraal Zorgakkoord gezamenlijk de ambitie op zich genomen om de groei van de zorguitgaven de komende jaren om te buigen en te beperken. Ziekenhuizen en andere zorgaanbieders hebben zich daarbij gecommitteerd om de door het CPB geraamde volumegroei aanzienlijk te beperken. Tegenover deze volumebeperking staan 'hardere' afspraken om de loon- en prijsindexering aan zorgaanbieders te vergoeden. Dat komt tot uiting in een aanscherping van de formulering van de afspraken in het Integraal Zorgakkoord over de doorvertaling van de loon- en prijsbijstelling vergeleken met het vorige Hoofdlijnenakkoord.

In de tweede plaats is het nu bijna een jaar geleden dat 15 partijen het Integraal Zorgakkoord hebben ondertekend, waaronder de NZa en de ministers van VWS. Het afgelopen jaar is er tijdens de bestuurlijke overleggen over het IZA op geen enkel moment een inbreng van de ACM voorgelegd met betrekking tot de gekozen formulering van de afspraken over de doorvertaling van de OVA (of de prijsontwikkeling) en hoe daarmee om te gaan. Ten tijde van het maken van de IZA-afspraken zijn de ministers van VWS nadrukkelijk door partijen, waaronder de NVZ, aangesproken op eventuele mededingingsrechtelijke aspecten van het IZA, mede in het kader van de integraliteit van het kabinetsbeleid. Partijen mogen er derhalve redelijkerwijs van uitgaan dat als de overheid, in casu de ministers van VWS, het IZA namens het kabinet ondertekenen, zij zich ervan hebben vergewist dat de afspraken in overeenstemming zijn met de mededingingsregels. Nu, een jaar later, zou er op dit onderdeel strijdigheid met het kartelverbod zijn?

Ten overvloede wijst de NVZ erop dat de afspraken in het Integraal Zorgakkoord tot stand zijn gekomen met de disciplinerende krachten van de drie rollen van de bekende driehoek van het zorgstelsel: patiënt/verzekerde, zorgaanbieder, zorginkoper. In eerdere uitingen heeft de ACM aangegeven dat zij zich graag werkloos laat maken als de driehoek in het zorgstelsel gaat werken. Het bevreemdt



de NVZ daarom dat de ACM dan toch een opvatting heeft over bepaalde afspraken in het Integraal Zorgakkoord.

Het geeft geen pas dat de ACM in het kader van deze concept-leidraad poneert dat de afspraken over de doorvertaling van de loon- en prijsbijstelling strijdig zijn met het kartelverbod. Als de ACM bij deze uitlating zou blijven, zou dit immers verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor de rechtsgeldigheid van het Integraal Zorgakkoord. Wij gaan er dan ook van uit dat de afspraak over het doorvertalen van de loon- en prijsbijstelling uit het IZA onverkort stáát.

4/7

Aangezien de afspraak over de doorvertaling van de loon- en prijsbijstelling een bewuste aanscherping betreft van de formulering die in het vorige Hoofdlijnenakkoord is gekozen, ligt het ook op de weg van de NVZ als branchevereniging om haar leden hier nadrukkelijk over te informeren. Onze leden zaten immers niet zelf aan de onderhandelingstafel over het Integraal Zorgakkoord, maar moeten ten behoeve van de zorgcontractering wel goed geïnformeerd zijn over de strekking van de daarin gemaakte afspraken, inclusief de bijbehorende argumentatie en nuances. De NVZ kan zich dan ook niet vinden in het verbod dat de ACM in randnummer 21 formuleert om een interpretatie te geven van (informatie over) concurrentieparameters, noch in het voorbeeld dat daarbij wordt gegeven. Niet valt in te zien dat explicitering van wat in het Integraal Zorgakkoord is afgesproken over de doorvertaling van de loon- en prijsbijstelling, inclusief een uitleg van wat in technische zin wel en niet onderdeel uitmaakt van de loon- en prijsbijstelling valt, verboden is onder de mededingingsregels.

Overigens lijkt het erop dat de ACM de IZA-afspraken over de OVA en de prijsontwikkeling op één hoop gooit, terwijl hierover in het IZA separate afspraken zijn gemaakt die ook in tekstuele zin op enigszins verschillende wijze zijn verwoord.

Randnummer 17/18

De ACM noemt het informeren van leden dat een branchevereniging zich gaat inzetten voor een collectieve afspraak, verboden. *"Enkel de aankondiging dat een brancheorganisatie zich gaat inzetten voor een collectieve regeling [...], geeft kleuring aan informatie."*

De NVZ vindt het informeren van leden over dat een brancheorganisatie zich gaat inzetten voor een collectieve regeling, als dat aan de orde is, een normaal onderdeel van belangenbehartiging. Het is eerder uitzondering dan de regel dat een eventuele collectieve regeling aan de orde is. Over het algemeen zal dit slechts in bijzondere omstandigheden aan de orde zijn, denk aan de situatie bij Covid-19 of de buitengewone kostenstijgingen als gevolg van de oorlog in Oekraïne. In dat soort gevallen is het relevant voor leden om te weten dat er een collectieve regeling is of wordt onderzocht.



Hetzelfde geldt voor het laten uitvoeren van een onderzoek. Het inzetten voor een regeling of het (laten) uitvoeren van een onderzoek zijn instrumenten van een branchevereniging om haar leden te ondersteunen. De NVZ ziet niet in dat het noemen van een dergelijk instrument het commerciële en strategische gedrag van de leden van de NVZ zou beïnvloeden en daarmee de mededinging zou beperken.

Randnummer 21

5/7

De ACM noemt als verboden voorbeeld: *"Een brancheorganisatie verduidelijkt voor haar leden dat zij onder het OVA-percentage voor volgend jaar wel/niet ook het nacalculatiepercentage verstaat."* De NVZ kan dit niet volgen. Het gaat hierbij immers om een technische uitleg van wat er feitelijk wel en niet is inbegrepen in het OVA-percentage waarmee het macrokader van de medisch-specialistische zorg jaarlijks wordt opgehoogd. Het betreffende OVA-percentage is namelijk samengesteld uit een voorcalculatorische index (voor het komende jaar) en een nacalculatorische index (voor het afgelopen jaar). De NVZ kan zich ook niet voorstellen dat het de bedoeling van de ondertekenaars van het Integraal Zorgakkoord was dat er over de vraag uit welke componenten de OVA bestaat een verschil in interpretatie mag bestaan. Niet valt in te zien hoe de NVZ de concurrentie beperkt als zij een technische uitleg geeft van de elementen waaruit het OVA-percentage is opgebouwd. Overigens gebruikt de NZa een vergelijkbare uitleg in de Handvatten Contractering en Transparantie gecontracteerde zorg.

Randnummer 31

In de concept-leidraad stelt de ACM dat adviezen en aanbevelingen over commerciële aspecten die een rol spelen in de individuele onderhandelingen, zoals prijzen, prijsbijstellingen en indexaties, prijsindexatiemechanismen (waaronder gebruik van een CPB-raming of CBS-index), kostenvergoedingen, op- of afslagen op een tarief of indexatie, volumes (incl. groei) en contractvorm (bijvoorbeeld omzetplafonds, aanneemsommen of P*Q-afspraken) verboden zijn. De NVZ kan dit niet volgen daar waar het prijsindexatiemechanismen betreft. In de eerste plaats is een geïnformeerd contracteringsproces ermee gediend dat partijen zich zoveel als mogelijk baseren op dezelfde feiten: een feit is dat het macrokader voor de medisch-specialistische zorg jaarlijks wordt geïndexeerd voor de loon- en prijsontwikkeling. Hiermee is bepaald welke financiële middelen beschikbaar zijn voor de zorg. Dat is het voor het inkoopproces contraproductief om op de onderhandelingstafel weer andere prijsindexatiemechanismen te introduceren. Zorgvuldige zorgcontractering is er juist bij gebaat om het prijsindexatiemechanisme dat gebruikt is om het macrokader vast te stellen evenzeer op de lokale onderhandelingstafel toe te passen. Niet valt in te zien hoe het een branchevereniging verweten kan worden als zij haar leden hierop wijst.



Dat geldt evenzeer voor het schetsen van de voor- en nadelen van verschillende contractvormen. Sommige contractvormen gaan met onevenredige risico's voor het ziekenhuis gepaard waarbij mogelijk de zorgcontinuïteit in gevaar kan komen. Dat is noch in het belang van onze leden, noch dat van patiënten.

Bij de voorbeelden van uitingen die in randnummer 31 als verboden worden aangemerkt:

"- dat een max-max tarief ook tot de mogelijkheden behoort om uit te onderhandelen."

6/7

De NVZ ziet niet in waarom deze feitelijke constatering verboden zou zijn. Dat een max-max tarief ook tot de mogelijkheden behoort, volgt immers uit openbare informatie. De NVZ heeft als branchevereniging over het algemeen een beter overzicht in de samenhang tussen de verschillende soorten regelgeving. Voor de zorgcontractering is van belang dat sprake is van een geïnformeerd proces waarbij de onderhandelende partijen bekend zijn met de regelgeving waardoor de betreffende onderhandelingen worden ingekaderd. Door leden erop te wijzen dat een max-max tarief tot de mogelijkheden behoort, is volgens de NVZ ook geen sprake van een advies of aanbeveling om zo'n max-max tarief te vragen.

Hetzelfde geldt voor het voorbeeld:

"- als onderdeel van de contractonderhandelingen afspraken te maken over prijsplafonds."

Ook hier valt niet in te zien waarom dit verboden zou zijn. Prijsplafonds worden veelvuldig toegepast in zorgcontracten, soms in combinatie met een doorleverplicht. Onzorgvuldige inzet van prijsplafonds brengt grote, onverantwoorde risico's voor individuele zorginstellingen met zich mee, met mogelijk negatieve gevolgen voor de patiëntenzorg. Dit volgt ook uit openbare informatie.

Bij de voorbeelden die worden genoemd in het kader bij randnummer 31 staat ook: *"- niet af te wijken van de IZA-afpraak dat de OVA volledig – en zonder korting – doorvertaald moet worden in de prijzen en contracten."* De afspraak in het IZA is dat de OVA volledig – en zonder korting – wordt doorvertaald. Nu dit zo in het IZA is afgesproken, hoe kan het dan verboden zijn als een brancheorganisatie leden erop wijst hier niet van af te wijken?

Randnummer 50

"Ook het weergeven van dergelijke cijfers en percentages in een andere vorm dan het gemiddelde is niet toegestaan, bijvoorbeeld als bandbreedte, spreiding, minimum en/of maximum van wat is gecontracteerd."

De NVZ vraagt zich af of dit zo algemeen gesteld kan worden, met name daar waar het een situatie betreft waarin reeds alle individuele contractonderhandelingen zijn afgerond. Bandbreedtes of spreiding of andere aanduidingen leiden immers niet direct



tot het wegnemen van de normale marktonzekerheid. De NVZ vraagt zich af waar de ACM deze stelligheid op baseert en of zij dit verbod nader kan motiveren.

Afsluitend

De concept-Leidraad staat op cruciale punten op gespannen voet met letter en geest van het met het kabinet overeengekomen Integraal Zorgakkoord. De ondertekenaars aan de kant van de zorgaanbieders komen hierdoor in een onmogelijk vol te houden spagaat te verkeren. De NVZ wil er dan ook bij de ACM op aandringen de concept-leidraad te heroverwegen dan wel de minister van VWS aan te spreken op veronderstelde incomptabiliteiten in het kabinetsbeleid opdat voor zorgpartijen duidelijkheid wordt gecreëerd over de uitvoeringsstatus van het Integraal Zorgakkoord.