

Zienswijze Openbare versie

Ons kernmerk: ACM/TFZ/2016/200412

Zaaknummer: 15.1255.53

Datum: 22 januari 2016

Zienswijze ACM inzake verenigbaarheid declaratievoorwaarde paramedische specialisaties

1. Op vrijdag 18 december 2015 heeft de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) bij brief met kenmerk 141298-2262672 verzocht een zienswijze te geven in de zin van artikel 11 van het Samenwerkingsprotocol Autoriteit Consument en Markt en Nederlandse Zorgautoriteit van 19 december 2014. De NZa verzoekt ACM een zienswijze te geven of een declaratievoorwaarde, namelijk een declaratievoorwaarde voor prestaties voor bepaalde paramedische specialisaties, verenigbaar is met de Mededingingswet (hierna: Mw) en/of het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).
2. Voor het opstellen van de zienswijze heeft ACM zich primair gebaseerd op de informatie die is opgenomen in uw verzoek om de zienswijze. ACM heeft daarnaast ook gebruik gemaakt van informatie uit de brief van Zorgverzekeraars Nederland (hierna: ZN) aan Stichting Keurmerk Fysiotherapie (hierna: Stichting) d.d. 7 december 2015 inzake 'Erkenning Stichting Keurmerk Fysiotherapie', de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland d.d. 23 december 2015 (KG ZA 15-869), de brief van het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie (hierna: KNGF) aan de Stichting d.d. 28 december 2015 inzake 'Tijdelijke aanwijzing register', de reactie van het KNGF op het verzoek om een zienswijze van de NZa aan ACM d.d. 31 december 2015 en de reactie van de Stichting op de reactie van het KNGF (31 december 2015) d.d. 8 januari 2016.
3. Omdat ACM geen onderzoek heeft ingesteld naar de concrete feiten en omstandigheden spreekt ACM in deze zienswijze ten aanzien van de verenigbaarheid van de declaratievoorwaarde in termen van risico's voor de mededinging en/of over de mogelijke (on)verenigbaarheid met de Mw en/of het VwEU, in plaats van over vaststelling van inbreuken in mededingingsrechtelijke zin. ACM loopt met deze zienswijze niet vooruit op de uitkomsten van een mededingingsrechtelijk onderzoek naar inbreuken van de private

- partijen die samenhangen met de betreffende declaratievoorwaarde.
4. ACM zal eerst de declaratievoorwaarde voor prestaties voor specialisaties nader toelichten. Daarna wordt kort ingegaan op erkenningsregelingen in het algemeen. Vervolgens wordt het juridisch kader in relatie tot het VwEU en de Mw besproken. ACM gaat daarna in op de uit de declaratievoorwaarde voortvloeiende mededingingsrisico's en eindigt met een conclusie.

De declaratievoorwaarde voor prestaties voor specialisaties

5. In de beleidsregels en bijbehorende beschikkingen¹ van de NZa voor de paramedische beroepsgroepen logopedie, fysiotherapie en oefentherapie, staat als declaratievoorwaarde bij prestaties voor specialisaties vermeld dat zorg alleen geleverd mag worden door paramedici die staan ingeschreven in een register dat gezamenlijk is aangewezen door ZN en de beroepsorganisatie van de betreffende beroepsgroep, respectievelijk de Nederlandse Vereniging voor Logopedie en Foniatrie (hierna: NVLF), het KNGF en de Vereniging van Oefentherapeuten Cesar en Mensendieck (hierna: VvOCM).
6. Artikel 50 van de Wet marktordening gezondheidszorg bepaalt dat, ten behoeve van het rechtsgeldig in rekening kunnen brengen van een tarief, declareerbare prestaties in een daartoe door de NZa genomen besluit omschreven dienen te worden zodat declaratie en uiteindelijk betaling voor betreffende diensten mogelijk is.
7. De beleidsregels en bijbehorende beschikkingen bevatten onder meer de declaratievoorwaarde dat bepaalde specialisaties op het gebied van logopedie, fysiotherapie en oefentherapie worden geleverd door een zorgverlener die staat ingeschreven in een gezamenlijk door enerzijds ZN en anderzijds respectievelijk de NVLF, het KNGF en de VvOCM aangewezen register. Logopedisten, fysiotherapeuten en oefentherapeuten kunnen dus alleen rechtsgeldig een bijzonder tarief voor een prestatie voor specialisaties bij zorgverzekeraars declareren als zij staan ingeschreven in een register dat gezamenlijk door ZN en de respectievelijke beroepsorganisatie is aangewezen.
8. De NZa heeft in haar beleidsregels en bijbehorende beschikkingen de mogelijkheid opengelaten voor het aanwijzen van meerdere registers. Dit is in ieder geval voor fysiotherapie relevant, omdat er sinds 2015 twee concurrerende registers actief zijn: het Centraal Kwaliteitsregister (hierna: CKR), een initiatief van het KNGF zelf,² en het register van de Stichting.
9. De Stichting heeft in 2015 een eigen register opgericht; daarvoor was het CKR het enige register voor fysiotherapeuten. De Stichting heeft ZN en KNGF gezamenlijk verzocht om haar register aan te wijzen als register bedoeld in de beleidsregel en bijbehorende beschikking voor fysiotherapie.³ In 2015 is overleg gevoerd tussen de Stichting, het KNGF en ZN met betrekking tot het aanwijzen van het register van de Stichting. In november 2015 werd duidelijk dat het overleg niet tot overeenstemming heeft geleid. Zolang het register van de Stichting niet als register in de zin van de beleidsregel en bijbehorende beschikking voor fysiotherapie is aangewezen, kunnen fysiotherapeuten die zich hebben geregistreerd bij de

¹ De beleidsregels BR/CU-7153 'Logopedie'; BR/CU-7160 'Prestatiebeschrijvingen voor Fysiotherapie'; BR/CU-7161 'Prestatiebeschrijving voor Oefentherapie'. Deze beleidsregels treden in werking met ingang van 1 januari 2016.

² Artikel 1 lid 2 van het Reglement Centraal Kwaliteitsregister Fysiotherapie (hierna: Reglement) d.d. 4 juni 2014 geeft aan dat fysiotherapeuten in het Centraal Kwaliteitsregister Fysiotherapie worden geregistreerd "die voldoen aan de door het KNGF gestelde basisnormen en de daaruit voortvloeiende eisen en al dan niet een opleiding voor verbijzonderd fysiotherapeut hebben gevolgd". Dit wordt tevens in het Beleidsorgaan Centraal Kwaliteitsregister (hierna: BOCK) Beleidsdocument d.d. 1 januari 2015 op pagina 2 aangegeven. Artikel 3 lid 1 van het Reglement bepaalt dat op grond van dit reglement het BOCK wordt ingesteld. De leden van het BOCK worden volgens artikel 4 lid 1 van het Reglement benoemd door het bestuur van het KNGF. Volgens artikel 5 lid 2 sub b van het Reglement houdt het BOCK rekening met de zwaarwegende adviezen van de beroepsinhoudelijke verenigingen en het KNGF wat betreft het vaststellen van de eisen voor de betreffende deelregisters en aantekeningenregisters.

³ BR/CU-7160 'Prestatiebeschrijvingen voor Fysiotherapie' en bijbehorende beschikking TB/CU-7132-01.

Stichting in principe alleen de prestaties voor specialisaties vergoed krijgen als zij daarnaast óók in het CKR staan geregistreerd.

10. Op 7 december 2015 is ZN tot de verzochte aanwijzing overgegaan.⁴ De Rechtbank Midden-Nederland heeft op 23 december 2015 in een kort geding tussen de Stichting en het KNGF bepaald dat onder de huidige omstandigheden het uitstellen van de aanwijzing door het KNGF als misbruik van haar aanwijzingsbevoegdheid moet worden aangemerkt en het KNGF haar medewerking dient te verlenen aan de aanwijzing van het register van de Stichting.⁵ Op 28 december 2015 is het KNGF overgegaan tot een tijdelijke aanwijzing. Het KNGF heeft het register van de Stichting onder voorbehoud aangewezen in verband met een eventueel andersluidende uitspraak van de rechter in hoger beroep.⁶

Erkenningsregelingen

11. Registers, zoals het CKR en het register van de Stichting, zijn aan te merken als erkenningsregelingen. Erkenningsregelingen zijn regelingen waarbij de activiteiten van ondernemingen worden getoetst aan een aantal kwalitatieve criteria (kwaliteitsregelingen).⁷ Als de activiteiten van een onderneming aan die criteria voldoen, mag deze onderneming zich erkend noemen.⁸
12. ACM staat in het algemeen positief tegenover erkenningsregelingen, mits deze regelingen aan bepaalde voorwaarden voldoen.⁹ De regelingen kunnen namelijk bijdragen aan de kwaliteit en transparantie van de dienstverlening en aan de informatievoorziening en keuzemogelijkheden van afnemers, in casu zorgverzekeraars en consumenten.
13. In de huidige economische en juridische context van marktwerking in de zorg kunnen erkenningsregelingen naast elkaar bestaan en kunnen zorgaanbieders, in casu paramedici, als zij aan de voorwaarden voldoen, deelnemen aan één of meerdere erkenningsregelingen en zich op deze wijze van elkaar onderscheiden.

Juridisch kader

Bevoegdheid om registers aan te wijzen

14. De NZa geeft in haar verzoek om een zienswijze aan dat met de declaratievoorwaarde in de beleidsregels en bijbehorende beschikkingen wordt beoogd dat alleen daartoe opgeleide en geregistreerde paramedici bepaalde prestaties voor specialisaties verrichten en daarvoor kunnen declareren. Het aanwijzen van registers is overgelaten aan ZN en de specifieke in de regelgeving benoemde beroepsorganisatie gezamenlijk. De NZa stelt geen nadere voorwaarden aan het aanwijzen van registers, maar laat de invulling over aan ZN en de betreffende beroepsorganisatie. De NZa veronderstelt impliciet dat registratie in een door de beroepsorganisatie en ZN gezamenlijk aangewezen register voldoende waarborgen biedt voor het leveren van een bepaalde minimumkwaliteit van (te declareren) paramedische zorg. Impliciete veronderstelling door de NZa is ook dat alle registers die die waarborgen

⁴ Zie brief ZN aan de Stichting d.d. 7 december 2015 inzake 'Erkenning Stichting Keurmerk Fysiotherapie' en zie uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland 23 december 2015, KG ZA 15-869, r.o. 2.9.

⁵ Zie uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland 23 december 2015, KG ZA 15-869, onder andere r.o. 4.7-4.9. (misbruik in de zin van détournement de pouvoir).

⁶ Zie brief van het KNGF aan de Stichting d.d. 28 december 2015 inzake 'Tijdelijke aanwijzing register'.

⁷ Deze criteria voor erkenning van een onderneming in een erkenningsregeling moeten worden onderscheiden van de criteria op grond waarvan een erkenningsregeling zelf dient te worden aangewezen.

⁸ Zie de Richtsnoeren voor de Zorgsector (maart 2010), r.n. 334.

⁹ Erkenningsregelingen dienen open, objectief en niet-discriminerend, duidelijk vooraf, transparant en onafhankelijk te zijn. Zie voor een nadere toelichting de Richtsnoeren voor de Zorgsector, r.n. 335-336, en de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen (april 2008), r.n. 79-94. Zie tevens 'ACM over keurmerken' (januari 2016), p. 4-5.

- bieden ook daadwerkelijk door de beroepsorganisatie en ZN worden aangewezen.
15. De onderstaande analyse betreft de mogelijke (on)verenigbaarheid van de declaratievoorwaarde met het VwEU en/of de Mw.¹⁰ Deze analyse is geen kwalificatie van gedragingen van private partijen ten aanzien van (non)conformiteit met artikel 6 Mw/101 VwEU en/of artikel 24 Mw/102 VwEU.

Toepasselijkheid van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

16. Vooral nog gaat ACM ervan uit dat in casu sprake is van een interstatelijk effect,¹¹ wat met zich meebrengt dat de Europese mededingingsregels van toepassing zijn.¹² Toetreding en zorgverlening van paramedici uit overige lidstaten worden beïnvloed door de declaratievoorwaarde, aangezien de mogelijkheid om zich te differentiëren voor deze paramedici wordt belemmerd indien er maar één aangewezen register bestaat. Dit veroorzaakt een marktafscherpende werking en tegelijkertijd een afgezwakte concurrentiedruk van concurrenten uit de overige lidstaten. De buitenlandse (toetredende) paramedici kunnen zich, overigens net zoals nationale paramedici, makkelijker onderscheiden op een markt als er keuzemogelijkheden uit verschillende registers bestaan. Omdat zij welhaast per definitie toetreders zijn en mogelijk gespecialiseerde vaardigheden hebben die niet adequaat tot uitdrukking komen in het register van de beroepsorganisatie, gelden voor hen bovendien negatieve effecten die waarschijnlijk nog sterker zullen zijn dan voor de gemiddelde Nederlandse paramedicus.
17. ACM is conform Europees mededingingsrechtelijke doctrine verplicht om met het Europees mededingingsrecht strijdige nationale regelgeving als zodanig aan te merken.¹³ Indien ACM de declaratievoorwaarde strijdig acht met artikel 101 VwEU en/of artikel 102 VwEU, heeft ACM de bevoegdheid om de declaratievoorwaarde buiten toepassing te laten. Immers, het nuttige effect van de Europese mededingingsregels wordt beperkt indien ACM in het kader van een onderzoek naar het gedrag van de beroepsorganisaties en/of ZN uit hoofde van artikel 101 VwEU en/of 102 VwEU niet zou kunnen vaststellen dat de declaratievoorwaarde in strijd is met de mededinging en deze bijgevolg niet buiten toepassing zou kunnen laten. Op basis van dezelfde rechtsgrond heeft ACM tevens de bevoegdheid om een mededingingsrechtelijke inbreuk vast te stellen en in dat geval jegens de beroepsorganisaties en/of ZN handhavend op te treden.¹⁴ De beroepsorganisaties en ZN hebben namelijk gezamenlijk de bevoegdheid om een register aan te wijzen van de NZa verkregen, maar beslissen uiteindelijk op eigen initiatief welk register zij daadwerkelijk aanwijzen.¹⁵

¹⁰ Zowel nationale als Europese mededingingsregels zijn van toepassing als sprake is van een gedraging van een onderneming of ondernemersvereniging. Het beheren van een register kan worden gezien als een economische activiteit, nu deze activiteit bestaat uit het aanbieden van een dienst aan zorgaanbieders, in casu paramedici, die wordt geleverd tegen vergoeding. Zie C-309/99 Wouters, r.o. 68. en C-1/12 Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrenca, r.o. 54.

¹¹ Zie bijvoorbeeld Mededeling van de Commissie (2004/C 101/07), Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in het artikel 81 en 82 van het Verdrag, r.n. 77 e.v. Zie tevens C-94/04 en C-202/04 Cipolla e.a., r.o. 45 en C-49/07 Motosykletistiki Ornospondia Ellados NPID (MOTOE) / Elliniko Dimosio, r.o. 42.

¹² Complementair aan de artikelen 6 en/of 24 Mw.

¹³ Zie C-198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) / Autorita Garante delle Concorenca e del Mercato, r.o. 48 en C-6-64 Falminio Costa / E.N.E.L.

¹⁴ Zie C-198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) / Autorita Garante delle Concorenca e del Mercato, r.o. 50. Conform artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie, dienen lidstaten zich op grond van dit artikel te onthouden van alle maatregelen die verwezenlijking van de doelstellingen van de Europese Unie in gevaar kunnen brengen. Indien nationale maatregelen mededingingsbeperkende gedragingen aan private partijen opleggen en/of die gedragingen bevorderen, is er mogelijk sprake van een verdragsinbreuk.

¹⁵ De mededingingsregels hebben enkel betrekking op inbreuken waartoe ondernemingen en/of ondernemersverenigingen op eigen initiatief hebben besloten. Indien een mededingingsrechtelijke inbreuk bij een

Toepasselijkheid van de Mededingingswet

18. Als er in casu geen sprake is van een interstatelijk effect, blijft de Mw alsnog van toepassing. ACM heeft de bevoegdheid handhavend op te treden jegens de beroepsorganisaties en/of ZN als er sprake is van gedragingen die de mededinging tussen registers en/of de mededinging tussen paramedici onderling beperken en ACM een inbreuk op artikel 6 Mw vaststelt.
19. Hetzelfde geldt voor artikel 24 Mw, waarbij ACM de bevoegdheid heeft om handhavend op te treden jegens beroepsorganisaties en/of ZN als zij misbruik maken van de aanwijzingsbevoegdheid door concurrerende registers uit te sluiten. In het bijzonder betreft dit de beroepsorganisaties met een eigen register, omdat zij immers eerder de prikkel kunnen hebben om concurrerende registers niet aan te wijzen.

Mededingingsrisico's

20. De aangewezen beroepsorganisaties en ZN fungeren door de (huidige omschrijving van de) declaratievoorwaarde in de beleidsregels en bijbehorende beschikkingen de facto als poortwachter.¹⁶ Bij gebrek aan concrete publieke normering, uiteindelijke aanwijzingsbevoegdheid of afwijkingsmogelijkheid door de NZa en bij het ontbreken van bepalingen die eisen dat de door ZN en beroepsorganisaties gezamenlijk te hanteren normen objectief, transparant en non-discriminatoir moeten zijn, brengt de (omschrijving van de) declaratievoorwaarde mededingingsrechtelijke risico's met zich mee.¹⁷
21. De in de beleidsregels en bijbehorende beschikkingen genoemde beroepsorganisaties en/of ZN kunnen het aanwijzen van nieuwe registers tegenhouden. Zij kunnen daarmee belemmeren dat nieuwe registers als volwaardig alternatief voor de reeds aangewezen registers functioneren. Hoewel het niet aanwijzen van een register niet betekent dat het register volledig wordt uitgesloten, kan een dergelijk register door het ontbreken van de mogelijkheid tot declaratie slechts fungeren als een aanvullend register naast het aangewezen register. Daarnaast betalen paramedici die zich (ook) in een aanvullend register willen registreren, dubbele (registratie)kosten. Om prestaties voor specialisaties te kunnen declareren dienen paramedici immers ten minste geregistreerd te staan in een aangewezen register (te weten het concurrerende register van de beroepsorganisatie). Hierdoor wordt het voor een niet aangewezen register moeilijker om zich effectief te onderscheiden.
22. In het verlengde hiervan kunnen de genoemde beroepsorganisaties en/of ZN door het niet aanwijzen van nieuwe registers tegelijkertijd verhinderen dat paramedici die zich aan willen sluiten bij nieuwe registers, op gelijke voet op de markt kunnen opereren als paramedici die zich hebben aangesloten bij die reeds aangewezen registers. Paramedici kunnen zich momenteel niet onderling onderscheiden door alleen bij een ander register, met bijvoorbeeld strengere kwaliteitseisen, geregistreerd te staan. Hierdoor wordt het voor hen moeilijker om zich eenduidig te differentiëren richting de consumenten en zorgverzekeraars.

nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen of ondernemersverenigingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze onderneming of ondernemersvereniging uitsluit, zijn de mededingingsregels niet van toepassing. In dergelijke gevallen vindt de inbreuk niet haar oorsprong in de autonome gedragingen van de betreffende onderneming of ondernemersvereniging. Mededingingsregels zijn echter wel van toepassing wanneer blijkt dat de nationale wettelijke regeling de mogelijkheid van 'een mededinging' openlaat die door autonome gedragingen van de onderneming of ondernemersvereniging kan worden verhinderd, beperkt of vervalst. Zie C-359/95 P en C-379/95 P Commissie en Frankrijk vs. Ladbroke racing, r.o. 33-34.

¹⁶ Met deze 'poortwachtersfunctie' wordt bedoeld de bevoegdheid om registers al dan niet aan te wijzen zoals gesteld in de declaratievoorwaarde.

¹⁷ Zonder hierbij vooruit te lopen op een exacte product- en geografische marktafbakening.

23. Als zorgverzekeraars uit registers kunnen kiezen, hebben de beheerders van registers een prikkel om zich op het gebied van zorgkwaliteit en kwaliteitseisen te onderscheiden. Zorgverzekeraars worden in casu momenteel geremd in hun mogelijkheden om effectief selectief te contracteren, hetgeen de keuzemogelijkheden voor consumenten, op basis van de voor hen relevante kwaliteitsverschillen wat betreft paramedici, kan verkleinen.
24. De prikkel om daadwerkelijk mededingingsbeperkend te handelen neemt toe naarmate de aangewezen beroepsorganisaties een groter belang hebben bij het in stand houden van een eigen register, als enige voor de betreffende paramedici beschikbare optie.

Conclusie

25. Het aanwijzen van registers is door de NZa aan ZN en de betreffende beroepsorganisaties gezamenlijk overgelaten. De NZa heeft hierbij zelf geen normen gesteld. Om strijdigheid met het mededingingsrecht te voorkomen dient de aanwijzingsbevoegdheid te worden uitgeoefend op basis van objectieve, transparante en non-discriminatoire criteria, ongeacht aan wie deze aanwijzingsbevoegdheid wordt toebedeeld. Het uitoefenen van de aanwijzingsbevoegdheid zonder deze criteria in acht te nemen, leidt tot mededingingsrechtelijke risico's.
26. Het feit dat de NZa zelf geen aanwijzingsbevoegdheid of afwijkingsmogelijkheid heeft en derhalve niet kan ingrijpen als er niet wordt voldaan aan de voornoemde criteria, versterkt de mededingingsrechtelijke risico's. Deze mededingingsrechtelijke risico's nemen toe als de bevoegdheid om registers aan te wijzen deels wordt overgelaten aan een beroepsorganisatie c.q. beheerder van een reeds bestaand register.
27. Gelet op het voorgaande, indien er sprake is van een interstatelijk effect, is naar oordeel van ACM de (huidige omschrijving van de) declaratievoorwaarde mogelijk niet verenigbaar met het VwEU. Voorts brengt de (huidige omschrijving van de) declaratievoorwaarde naar oordeel van ACM risico's op mededingingsbeperkende gedragingen die niet verenigbaar zijn met de Mw, met zich mee.

Tot slot

28. ACM wijst u erop dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter heeft. De zienswijze bindt ACM niet en het staat haar te allen tijde vrij anders te oordelen. Daarnaast laat deze zienswijze onverlet dat andere nationale dan wel Europese wetgeving op de onderhavige situatie van toepassing kan zijn, en derhalve mogelijk een of meer andere instanties (eveneens) bevoegd kunnen zijn. Deze andere instanties zijn evenmin aan deze zienswijze gebonden en kunnen anders oordelen.