Consultatieverslag Leidraad Brancheorganisaties en zorgcontractering

1 Introductie

In juli 2023 heeft de ACM de conceptleidraad *Brancheorganisaties en zorgcontractering* gepubliceerd voor openbare consultatie. Hierop zijn 22 schriftelijke reacties binnengekomen, vooral vanuit brancheorganisaties in de zorg.

De ACM heeft daarnaast op 29 augustus 2023 een bijeenkomst georganiseerd waarop aanwezigen over de conceptleidraad in gesprek konden gaan met de ACM en mondeling hun reactie konden geven. Aanwezig waren vertegenwoordigers van 20 brancheorganisaties, namens zowel grote als kleine zorgaanbieders en namens zorgverzekeraars. Vertegenwoordigers van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) waren als toehoorders aanwezig. De bijeenkomst startte met een korte introductie door de ACM, waarin werd ingegaan op de aanleiding voor de leidraad (onderzoek naar beïnvloeding van zorgcontractering voor 2023 door brancheorganisaties), het uitgangspunt van het zorgstelsel (individuele contractering), de toepasselijkheid van de mededingingswet en de scope van de leidraad. Centraal in de bijeenkomst stond vervolgens het gesprek en de inbreng van de aanwezigen aan thematafels overeenkomend met de drie onderdelen van de conceptleidraad: (i) informeren, verduidelijken en het doen van onderzoek; (ii) adviezen en aanbevelingen; en (iii) monitoring en terugkoppeling. Daarop volgde een plenaire terugkoppeling en een slotwoord van de directeur Zorg van de ACM.

De ACM stelt de ontvangen reacties zeer op prijs. Zij heeft daarmee de conceptleidraad gericht kunnen aanvullen en verhelderen. Omdat de mondelinge inbreng in het verlengde lag van de schriftelijke reacties, bespreekt de ACM deze in dit consultatieverslag gezamenlijk. Daarbij gaven brancheorganisaties aan het te waarderen dat de ACM een bijeenkomst organiseerde die hen de kans bood de belangrijkste punten uit hun schriftelijke reacties toe te lichten.

Brancheorganisaties gaven voorts aan te waarderen dat de ACM met een leidraad de mededingingsregels voor de brancheorganisaties in de zorg verduidelijkt en inzicht geeft in de mogelijkheden en grenzen van het gedrag van brancheorganisaties in relatie tot zorgcontractering. Tegelijk wijzen zij er op dat de conceptleidraad onvoldoende recht doet aan de belangrijke rol van brancheorganisaties bij het ondersteunen van hun leden en aan de uitvoering van afspraken die zijn gemaakt in het kader van het Integraal Zorg Akkoord (IZA). Tegen deze achtergrond heeft de ACM een beknopte weergave van het slotwoord van de directeur Zorg van de ACM in dit verslag opgenomen.[1] Daarin worden enkele algemene opmerkingen en vragen uit de reacties geadresseerd die de inhoud van de leidraad overstijgen, waaronder de ervaren spanning tussen samenwerking in de zorg (ook als centraal thema in het IZA) en het mededingingstoezicht van de ACM.

[1] Op verzoek van verschillende brancheorganisaties is tevens een integrale weergave van dit slotwoord op ACM.nl gepubliceerd.

2 Wat heeft de ACM met de reacties gedaan?

2.1 Algemeen

In de definitieve leidraad *Brancheorganisaties en zorgcontractering*[2] benadrukt de ACM dat brancheorganisaties een waardevolle rol spelen in het zorgveld door het ondersteunen van hun leden, onder meer bij de zorgcontractering. Daardoor dragen brancheorganisaties bij aan een effectiever en efficiënter contracteerproces. De ACM heeft daarbij als wettelijke taak om toe te zien op de naleving van de mededingingsregels door brancheorganisaties. De mededingingsregels bepalen de ruimte die er is voor brancheorganisaties om hun leden te ondersteunen. De ACM kan die ruimte niet beperken, maar ook niet meer ruimte geven.

In navolging van de consultatie-inbreng heeft de ACM het wettelijk kader waaraan zij de gedragingen van brancheorganisaties rond de zorgcontractering toetst, in hoofdstuk 1 uitgebreid. Ook heeft zij enkele vuistregels geformuleerd die zorgbrancheorganisaties kunnen gebruiken als houvast bij de ondersteuning van hun leden bij de contractering. Verder zijn een aantal factoren benoemd die een rol kunnen spelen in de beoordeling of een gedraging van een brancheorganisatie al dan niet strijdig is met de mededingingsregels, zoals de vorm en de timing van de communicatie. Ook heeft de ACM verduidelijkt aan wie de leidraad is gericht, namelijk brancheorganisaties van zowel zorgverzekeraars als zorgaanbieders ongeacht hun rechtsvorm, grootte of werkgebied.

In de inleidende randnummers bij de drie hoofdstukken met de concrete voorbeelden heeft de ACM toegevoegd wanneer in algemene zin een gedraging is toegestaan en waar het kantelpunt ligt naar een niet toegestane gedraging. De ACM heeft verder extra voorbeelden opgenomen. Inbreng die zag op (tekstuele of inhoudelijke) onduidelijkheden of op mogelijkheden om bepaalde termen of definities te verduidelijken, heeft de ACM in de definitieve leidraad verwerkt.

Verschillende brancheorganisaties hebben aangegeven dat de ACM uitgaat van een ‘platgeslagen werkelijkheid’ en dat niet alle individuele zorgaanbieders daadwerkelijk (kunnen) onderhandelen, maar ‘digitaal contracteren’ of moeten ‘tekenen bij het kruisje’. Dit roept bij hen vragen op of de conceptleidraad van toepassing is op de brancheorganisaties die deze, vaak kleinere, zorgaanbieders vertegenwoordigen. In reactie hierop onderkent de ACM in de definitieve leidraad dat de rol van brancheorganisaties in zorgsectoren waar sprake is van ‘digitaal contracteren’, anders kan zijn. Omdat het hierbij met name gaat om relatief kleine zorgaanbieders, fungeren de betrokken brancheorganisaties nadrukkelijker als vraagbaak of expertisecentrum richting hun leden. Ook hebben zij een meer voor de hand liggende rol bij escalatiemomenten. Voor een dergelijke rol is ruimte binnen de mededingingsregels. Brancheorganisaties mogen echter niet meeonderhandelen; daar ligt een duidelijke grens. In de definitieve leidraad is verder een verwijzing toegevoegd naar *guidance* van de ACM over de mogelijkheden voor kleine zorgaanbieders om gezamenlijk te onderhandelen.

Hieronder vat de ACM de belangrijkste specifieke inhoudelijke punten uit de consultatiereacties samen, gegroepeerd naar de drie onderwerpen van de leidraad, en licht zij toe hoe zij deze in de definitieve leidraad heeft verwerkt.

2.2 Informeren, verduidelijken en het doen van onderzoek

Ten aanzien van het punt dat brancheorganisaties hun leden mogen wijzen op openbare informatie, gaven verschillende partijen aan dat zij voorbeelden misten. De ACM heeft daarom voorbeelden

[2] Gepubliceerd op ACM.nl.

toegevoegd van openbare informatie waar brancheorganisaties naar mogen verwijzen, zoals openbare benchmarkstudies, rechterlijke uitspraken en openbare tarieven van de NZa. Daarnaast heeft zij verduidelijkt dat adviezen of aanbevelingen met betrekking tot deze openbare informatie zijn toegestaan als zij het concurrentieproces niet raken. Op het punt dat brancheorganisaties leden mogen wijzen op afspraken die zijn gemaakt met andere partijen (bijvoorbeeld in IZA-verband) zolang het gaat om een volledige en correcte weergave van die afspraken en om openbare informatie, vroegen partijen om verduidelijking van de voorbeelden. De ACM heeft de toelichting uitgewerkt en een extra voorbeeld over de IZA-afspraak over *Meer Tijd voor de Patiënt* opgenomen.

In de conceptleidraad is aangegeven dat brancheorganisaties voorbeeldclausules mogen (laten) opstellen en delen met hun leden. In reactie op vragen hierover gaat de ACM in de definitieve leidraad in op de vraag welke informatie in de clausules mag worden opgenomen. Zo mogen indexatiecijfers niet worden ingevuld, omdat zij richting geven aan de prijs. Verder had de ACM aangegeven dat het niet is toegestaan om leden te informeren dát een brancheorganisatie onderzoek doet naar de mogelijkheid van een collectieve regeling. In de definitieve leidraad is hiervoor ruimte zolang een dergelijke mededeling niet vergezeld gaat van een advies aan leden om bijvoorbeeld de onderhandelingen op te schorten totdat resultaten bekend zijn. Voorts was in de conceptleidraad aangegeven dat interpretaties van (wettelijke) termen, uitkomsten van onderzoeken, indexatiecijfers en andere commerciële factoren niet zijn toegestaan. In de definitieve leidraad geeft de ACM aan dat interpretaties zijn toegestaan zolang hieraan geen (verkapt) advies of aanbeveling wordt verbonden.

Over het doen van onderzoek door een brancheorganisatie heeft de ACM naar aanleiding van de reacties de toelichting op de voorbeelden uitgebreid. Bovendien heeft zij toegevoegd dat een brancheorganisatie ook op basis van niet-openbare informatie onderzoek mag doen of laten doen en de resultaten daarvan met haar leden mag delen, mits wat gedeeld wordt geen concurrentiegevoelige informatie betreft. Of informatie concurrentiegevoelig is, vergt een casuïstische beoordeling. Ook het delen, tijdens of na de onderhandelingen, van niet tot individuele partijen herleidbare en geaggregeerde informatie kan namelijk het concurrentieproces tussen de leden beïnvloeden.

2.3 Het geven van adviezen en aanbevelingen aan leden

Brancheorganisaties hebben aangegeven de voorbeelden van niet toegestane adviezen en aanbevelingen over commerciële aspecten die een rol spelen in de individuele contractering en/of onderhandelingen niet altijd goed te kunnen begrijpen. De ACM heeft daarom een nadere duiding gegeven waarom de voorbeelden mogelijk tot schadelijke effecten leiden en de relevante voorbeelden en passages verduidelijkt en aangevuld. Ten aanzien van het voorbeeld waarin werd aangegeven dat niet verwezen mag worden naar maxmax-tarieven geldt dat dit openbare informatie is, zodat brancheorganisaties hun leden hier op kunnen wijzen. Een advies aan leden om wel of geen maxmax-tarief af te spreken gaat echter verder dan alleen ‘wijzen op’ en is daarmee ‘niet toegestaan’.

De ACM onderkent, in reactie op de consultatie-inbreng hierover, dat het delen van informatie dan wel het geven van een feitelijke uitleg niet zonder meer een (indirect) advies is. Echter, wanneer dergelijke communicatie het marktgedrag van leden kan sturen, bijvoorbeeld door (in welke vorm dan ook) een bepaalde gedragslijn te impliceren of te suggereren, dan kan de context ertoe leiden dat sprake is van een indirect advies. De ACM heeft in hoofdstuk 1 van de definitieve leidraad verduidelijkt welke context-factoren hierbij een rol kunnen spelen zoals de aard, de vorm en de timing van de informatie.

De ACM houdt vast aan de lijn dat er voor brancheorganisaties weinig ruimte is om adviezen of aanbevelingen te geven aan leden over commerciële aspecten die een rol spelen in de individuele contractering of te adviseren om te wachten met het sluiten van contracten als zich (financiële)

onzekerheden voordoen. Dit is schadelijk omdat het kan leiden tot vertraging in de contractering. Brancheorganisaties gaven in hun consultatie-inbreng ook aan dat het verschil tussen het doen van aanbevelingen en het geven van feitelijke uitleg onduidelijk was. De ACM heeft daarom duidelijker gemaakt wat dit onderscheid is. Het geven van en feitelijke uitleg is toegestaan, mits dit niet vergezeld gaat van (verkapte) adviezen of aanbevelingen.

2.4 Monitoring en terugkoppeling

Brancheorganisaties zijn van mening dat er na afloop van het contracteerseizoen meer ruimte moet zijn voor een terugkoppeling van monitoringsuitkomsten aan de leden als het om geaggregeerde informatie gaat. Zij vragen de ACM daarnaast om duidelijker af te bakenen wanneer volgens de ACM het contracteerseizoen is afgelopen en welke informatie wel gedeeld mag worden.

De ACM houdt vast aan de lijn dat tijdens de contractering terugkoppeling aan de leden over monitoringsresultaten die zien op commerciële aspecten niet is toegestaan. Na afloop van de contractering is het evenmin toegestaan monitoringsresultaten die zien op prijs en/of volume met de leden te delen. Op basis van de consultatie-inbreng nuanceert de ACM de lijn dat terugkoppeling van monitoringsresultaten op commerciële aspecten in geen enkel geval is toegestaan. Het na afloop van de contractering delen van monitoringsresultaten op andere aspecten dan prijs en volume kan in bepaalde gevallen toegestaan zijn. In de definitieve leidraad wordt daarbij aangegeven dat de mededingingsrisico's in die gevallen onder andere afhangen van de betekenis van de informatie in de contractering, de ontwikkelingen in de markt en de mate van aggregatie.

De ACM heeft in de leidraad ook verduidelijkt op welk moment informatie over de contracteergraad wel en niet gedeeld mag worden. Na 12 november[3] mag deze informatie gedeeld worden als het gaat om informatie op basis van openbare bronnen, bijvoorbeeld de websites van zorgverzekeraars of de NZa. De ACM kan niet nader aangeven wanneer het 'contracteerseizoen' is afgelopen. Dit is immers geen vaststaand moment dat universeel geldt voor alle zorgsectoren.

Enkele brancheorganisaties hebben aangegeven dat er naar hun mening ruimte moet zijn (ook) voor bestuurders van brancheorganisaties die bestuurder zijn van een zorgorganisatie, om kennis te nemen van concurrentiegevoelige informatie. De ACM heeft in reactie hierop in de leidraad opgenomen dat die ruimte er is onder de strikte voorwaarde dat kennisname noodzakelijk is voor hun rol binnen de brancheorganisatie en in het belang is van de patiënt/verzekerde. Het is aan de brancheorganisatie om dit goed te regelen, bijvoorbeeld door gerichte taken bij het bureau van de brancheorganisatie te beleggen of het inschakelen van een *compliance officer* of extern bureau.

2.5 Samenvatting slotwoord ACM-directeur Zorg op consultatiebijeenkomst

In een slotwoord tijdens de consultatiebijeenkomst is de directeur Zorg van de ACM (Bart Broers) ingegaan op een aantal algemene vragen en/of opmerkingen van brancheorganisaties ten aanzien van de conceptleidraad.

Ten eerste de vraag wat prevaleert als het IZA en de Mededingingswet conflicteren. Bart Broers gaf aan dat alle partijen, ook VWS, gebonden zijn aan de wet. Ook de Mededingingswet gaat

[3] Op 12 november maken zorgverzekeraars en zorgaanbieders bekend met wie zij een contract hebben gesloten. Zie ook het IZA, p. 98 en 99.

derhalve voor op afspraken die gemaakt zijn in het IZA. Als de wens bestaat om de zorgsector buiten het mededingingstoezicht te plaatsen, moet de wet worden gewijzigd.

Het tweede punt betrof de aandacht van de ACM voor brancheorganisaties in de zorgsector. Hoe verhoudt dit zich tot de eerdere uitspraken dat de ACM geen rol voor zichzelf ziet als de zorgdriehoek (zorgverzekeraars, zorgaanbieders, patiënten) volwaardig betrokken is op basis van concrete doelstellingen (kenbaar, meetbaar, toetsbaar) in termen van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid? Bart Broers lichtte toe dat generieke collectieve afspraken tussen brancheorganisaties die de mededinging beperken hier niet per definitie van zijn uitgesloten, maar dat de lat voor zulke collectieve afspraken zeer hoog ligt. Die moeten dan echt onomstotelijk ‘beter’ zijn voor de patiënt/verzekerde dan wat individuele zorgpartijen onderling op basis van maatwerk kunnen afspreken, gegeven de specifieke en veelal regionale uitdagingen en omstandigheden.

Ten derde verduidelijkte Bart Broers dat de meeste voorbeelden in de leidraad niet door de ACM zijn verzonnen, maar direct gebaseerd zijn op concrete signalen en klachten die zorgpartijen zelf bij de ACM hebben neergelegd. Van ‘fictie’ is in dat opzicht geen sprake. Dit betreft ook de voorbeelden met betrekking tot IZA-afspraken. Daarbij is het is niet aan de ACM om te beslissen over de ‘correcte’ interpretatie van IZA-afspraken. Als partijen daar van mening over verschillen, is het aan hen om daar onderling over te spreken.

De volledige tekst van het slotwoord is op ACM.nl gepubliceerd.