

Van Doorne N.V.

Jachthavenweg 121
1081 KM Amsterdam
Postbus 75265
1070 AG Amsterdam
KvK Amsterdam 34199342

Cees Jan de Boer
Advocaat
boerc@vandoorne.com
t 020 678 93 22
m 06 1138 8522

PER EMAIL

Autoriteit Consument & Markt
Directie Zorg
t.a.v. de heer B. Broers
consultatie@acm.nl

Datum 21 januari 2022
Inzake Reactie consultatie concentratietoezicht
verpleeghuissector

Geachte heer Broers,

Het team Zorg & Life Sciences en het team Mededinging van Van Doorne hebben met belangstelling kennisgenomen van het consultatiedocument van de ACM over het concentratietoezicht op de verpleeghuissector en het bijbehorend onderzoeksrapport. Als opmerking vooraf willen wij de ACM complimenteren met de bereidheid om het eigen beleid te herijken en daarbij uitgebreid onderzoek te doen. Die herijking zal de verpleeghuiszorgsector ten goede komen.

In deze reactie geven wij onze visie op de zeven consultatievragen van de ACM.

Consultatievraag 1

In hoeverre herkent u genoemde trends en ontwikkelingen? Zijn er nog andere trends en ontwikkelingen in de verpleeghuissector die volgens u van belang zijn? Hoe kijkt u in het bijzonder aan tegen de mogelijkheden voor en kans op toetreding en uitbreiding van nieuwe en bestaande aanbieders van verpleeghuiszorg, inclusief particuliere aanbieders?

Veel zorgaanbieders in de care worstelen op dit moment met uitdagingen op zowel korte als de langere termijn. Het beeld dat de ACM schetst in hoofdstuk 2, met druk op de sector, herkennen wij en wordt breed gedragen door partijen betrokken bij de care-sector. Een belangrijk element van die druk is een toenemende vraag naar ouderenzorg terwijl de landelijke en regionale contracteerruimte niet met ditzelfde volume groeit.¹ De rol van de zorgkantoren brengt met zich mee dat bij een stijging van de zorgvraag ten opzichte van de contracteerruimte dit maar op één manier kan worden opvangen; namelijk door een lager tarief te betalen zodat meer volume kan worden ingekocht. Dit is het gevolg van het feit dat zorgkantoren niet budgetverantwoordelijk zijn, anders dan de zorgverzekeraars, en het CIZ indicaties afgeeft en daarmee bepalend is voor de vraag naar zorg. Dat zorgt voor tariefdruk en die tariefdruk neemt jaar op jaar toe. De ACM heeft daar ook oog voor.²

Dit inkoopmodel is niet oneindig houdbaar. De vraag blijft toenemen door vergrijzing terwijl er in de sector een personeelstekort is. Als oplossing voor toenemende vraag – en dus uitgaven – ziet de Minister van VWS, en

¹ Zie bijv. <https://www.actiz.nl/sites/default/files/2020-12/ActiZ-rapportage-bekostiging-en-contractering.pdf> op pagina 7.

Er is de afgelopen jaren steeds meer vraag dan ingecalculleerd in de contracteerruimte.

² O.a. door aandacht te vestigen op de tariefdiscussie die op dit moment bij de rechter wordt gevoerd, p. 13 onderzoeksrapport.

overigens ook de zorgkantoren, het verder(gaand) scheiden van wonen en zorg als een optie.³ Hierover wordt al decennia gesproken en dit heeft in 2013 een impuls gekregen door extramuralisering van de verzorgingshuizen. Nog altijd is het onderwerp actueel.⁴

Zorgkantoren zetten nog altijd actief in op scheiden van wonen en zorg. Het meerjaren contracteerbeleid van Zilveren Kruis bijvoorbeeld stelt:

“We maken het zorglandschap toekomstbestendiger door Wlz-zorg op doelmatige wijze mogelijk te maken in een passende woonomgeving, zodat klanten die dat graag willen, daar gebruik van kunnen maken. Daarmee houden we intramurale zorg beschikbaar voor klanten die dat nodig hebben en voorkomen we een tekort aan intramurale plekken. Bij dit inkoopdoel gaat het om Wlz-zorg thuis voor klanten die zo lang mogelijk in hun vertrouwde omgeving willen blijven wonen en voor klanten die de wens hebben om zelfstandig te gaan wonen. Het gaat ook om zorg op plekken waar klanten zo zelfstandig mogelijk kunnen wonen, zodat klanten zich meer thuis voelen, bijvoorbeeld in een geclusterde woonomgeving op basis van een VPT.”

Dit sluit aan bij de afspraken uit het bestuurlijk overleg wonen voor ouderen, dat de ACM ook citeert, uit 2021.⁵

Het coalitieakkoord van 15 december 2021 bevat ook een belangrijke rol voor scheiden van wonen en zorg:

“Voor een toekomstbestendige ouderenzorg wordt wonen en zorg stapsgewijs gescheiden zodat langer thuis wonen nog meer gestimuleerd wordt. Hierbij is expliciete aandacht voor innovatieve woonvormen en voor de mogelijkheid voor iedereen, ongeacht inkomen, om betaalbaar langer thuis te blijven wonen met zorg.”

“Zorgkantoren gaan bij de inkoop sturen op extramurale leveringsvormen (VPT, MPT, pgb) zodat ouderen langer thuis kunnen wonen en in hun eigen omgeving oud kunnen worden. Er wordt in de jaren 2022 t/m 2026 in totaal 1,0 miljard euro gereserveerd om deze transitie op gang te brengen.”⁶

Het belang van deze passage wordt duidelijk als naar de budgettaire bijlage wordt gekeken. Van de veelbesproken 4,5 miljard euro besparingen op de zorg uit dit akkoord (of beter gezegd: afvlakking van groei van het budgettaire kader zorg op langere termijn) moet 1,2 miljard – dus meer dan een kwart (!) – worden gerealiseerd met scheiden van wonen en zorg. Vergelijkbare beleidsbeslissingen over scheiden van wonen en zorg zijn de afgelopen 10 jaren terug te vinden in de regeerakkoorden.⁷ Het scheiden van wonen in zorg in het huidige coalitieakkoord is dus een bestendige lijn in de toekomstvisie voor de langdurige zorg van de rijksoverheid.

In antwoord op consultatievraag 1 constateren wij dat de ACM op zich goed oog heeft voor trends zoals beperkingen in personeel en vastgoed bij het uitbreiden van aanbod, terwijl er wel veel vraag is naar intramurale ouderenzorg. Scheiden van wonen en zorg als belangrijke overkoepelende trend en mogelijke oplossing, voor de komende jaren en op langere termijn, blijft onderbelicht.

Ons inziens ten onrechte omdat deze trend sterk bepalend is voor hoe zorgaanbieders kunnen (en zullen) gaan toetreden en uitbreiden. Scheiden van wonen en zorg is een belangrijke (zo niet de belangrijkste)

³ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (2021), *Dialognota Ouder worden 2020-2040*.

⁴ Zie bijv. <https://www.taskforcewonenzorg.nl/stand-van-nederland/thema-langer-zelfstandig-thuis>.

⁵ Zie bijv. pagina 4 van dat akkoord: “*Erkennen dat de huidige vraag naar geclusterde woonvormen, geschikte woningen en de wachtlijsten voor verpleegzorg, alsmede de verwachte toename van de vergrijzing vanaf 2025 nu al actie vragen.*”

⁶ Pagina 36 -37 van het coalitieakkoord en pagina 7 van de budgettaire bijlage daarbij.

⁷ O.a. Regeerakkoord en gedoogakkoord 2010 (p. 37 resp. 17), het “Kunduz-akkoord” uit 2012, Coalitieakkoord 2012-2017 (bijlage A, p. 59)

beleidskeuze om te kunnen blijven voldoen aan de toenemende vraag naar ouderenzorg. Ouderen zullen langer thuis wonen. Inzet van VPT, MPT, PGB en thuiszorg zal in toenemende mate een alternatief zijn voor de huidige plaatsen. Dit kan bij cliënten thuis.⁸ Verwacht mag worden dat bij de doelstelling dat cliënten langer thuis wonen – met een daarbij toenemende zorgbehoefte – ook hoort dat de inzet van bijvoorbeeld geclusterde woonvormen met inzet van VPT steeds belangrijker zal worden. Dit heeft verschillende betekenis voor verschillende betrokkenen. Hoog-over kan de volgende inschatting worden gemaakt van een aantal ontwikkelingen dat invloed kan hebben op de relevante markten en de wijze waarop de ACM die zou moeten beoordelen:

- **Thuiszorgaanbieders** zullen langer in beeld blijven als zorgaanbieder voor cliënten en hun aanbod van wijkverpleging (verder) opschalen naar MPT/VPT aanbod. Dit kan door eigen aanbodontwikkeling of door concentratie tussen intramurale- en extramurale aanbieders. Hun extramurale aanbod gaat overlappen met dat van intramurale aanbieders of in elk geval daarvoor een alternatief zijn bij het pad dat een cliënt doorloopt in de Wlz;
- **Intramurale aanbieders** krijgen te maken met verschuivingen in intramurale capaciteit. Met name in het segment ZZP's zonder behandeling zal naar verwachting afbouw plaatsvinden. In de plaats hiervan komt extramuraal aanbod. Intramurale aanbieders zullen daardoor genoodzaakt zijn vastgoed af te stoten of om te bouwen naar clusterwoningen/aanleunwoningen etc. in combinatie met een toename van MPT/VPT/PGB aanbod aan cliënten. Het resterende intramurale aanbod zal in toenemende mate gaan bestaan uit het aanbod van zwaardere ZZP's, veelal de ZZP's inclusief behandeling. Intramurale aanbieders zullen dus enerzijds een combinatie van verhuur van (specifiek) vastgoed en (zwaardere) thuiszorg moeten gaan leveren en anderzijds zich gaan toelagen op Wlz-zorg met behandeling (of een keuze maken uit een van deze twee opties);
- **Woningcorporaties** zullen – al dan niet op verzoek van (de)centrale overheid en zorgaanbieders – een belangrijke(re) rol gaan spelen bij het realiseren van geschikt woonaanbod voor ouderen en dus op deze woningmarkt gaan concurreren met (het vastgoed aanbod van) intramurale aanbieders, dan wel dat vastgoed van hen overnemen.

Resumerend zou het consultatiedocument moeten worden aangevuld met de in de komende jaren en daarna te verwachten ontwikkeling rond scheiden van wonen en zorg en de verwachte gevolgen daarvan, ook voor toetreding en uitbreiding van zorgaanbod. Deze zullen in belangrijke mate kleuren hoe de ACM haar prospectieve analyses bij toekomstige concentratiezaken zal moeten invullen.

Consultatievraag 2

Hoe kijkt u aan tegen de genoemde mogelijke verklaringen voor de uitkomsten van het empirische onderzoek? Welke andere mogelijke verklaringen ziet u?

Opmerking vooraf

Allereerst een opmerking vooraf over het conceptuele model. In het onderzoeksrapport geeft de ACM aan dat zij onderzoek doet naar de concentratiegraad van zorgaanbieders. De ACM geeft aan dat er gezocht is naar een verband tussen concentratie maatstaven en betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid.

In dat licht lijkt de keuze voor o.a. de (inverse) LOCI geen juiste. Het betreft immers een *competition* en niet een concentratie index. Een LOCI-score is per definitie hoger in minder geconcentreerde markten. In dat verband lijkt de vraag gerechtvaardigd wat de bevindingen van de ACM, in het bijzonder bij toegankelijkheid, precies betekenen. De indruk ontstaat dat er een (toevallig of op andere oorzaken gebaseerd, zie hierna) verband tussen marktaandeel en de parameter wenswachtenden bestaat. Omdat de LOCI-score per definitie

⁸ Dat gebeurt nu al tot zekere hoogte, zie p. 7 en 12 van Onderzoeksrapport ACM.

hoger is bij minder geconcentreerde markten, laat de inverse LOCI logischerwijs een vergelijkbare curve zien als die opgenomen bij marktaandeel en wenswachtenden.

Ook bij het gebruik van de WTP kunnen vraagtekens worden gezet. De WTP houdt geen rekening met de beperkingen die de inrichting van de Wlz inhoudt voor concurrentie. Prijsconcurrentie is er niet of nauwelijks in de Wlz, ongeacht de concentratiegraad. Dat de WTP eerder in de ziekenhuiszorg is toegepast, waar de inrichting van de markt wezenlijk anders is, rechtvaardigt niet dat toepassing voor verpleeghuiszorg ook gerechtvaardigd is. Dit terwijl de ACM dat wel als rechtvaardiging voor toepassing lijkt te gebruiken.⁹ De WTP lijkt in de verpleeghuissector een ongeschikt instrument. De WTP laat bovendien ook volume-effecten zien; als meer cliënten kiezen voor een verpleeghuis, neemt de WTP toe. Net als voor de inverse LOCI geldt dus dat niet verwonderlijk lijkt dat de WTP analyse bij toegankelijkheid een vergelijkbare curve laat zien als bij marktaandeel.

De vraag is gerechtvaardigd of de inverse LOCI en de WTP een toegevoegde waarde hebben in de context van onderzoek naar concentratie in de verpleeghuismarkt of dat de ACM aldus op verschillende manieren een al dan niet toevallige correlatie tussen marktaandeel en wenswachtenden weergeeft?

De meest verstrekkende verklaring voor de uitkomsten van het empirisch onderzoek is dan dat de onderzoeksopzet niet toestaat dat daaraan conclusies worden verbonden, in het bijzonder niet over hoe toekomstige concentraties in de Wlz te beoordelen. Ten minste zal de ACM meer aandacht in het onderzoeksrapport moeten besteden aan de specifieke marktkenmerken van de Wlz en waarom deze (niet) van invloed zijn op het conceptuele model.

Beantwoording consultatievraag

Dan ten aanzien van de inhoud van mogelijke verklaringen voor de uitkomsten.

In het onderzoeksrapport en het consultatiedocument zou er meer aandacht moeten zijn voor de positie van het zorgkantoor in het stelsel. Het zorgkantoor is – zonder zelf risico te lopen op de uitvoering - per definitie monopsonist bij de inkoop van Wlz-zorg. Zonder contract met het zorgkantoor kan een zorgaanbieder niet actief zijn op de markten voor Wlz-zorg. De afhankelijkheid van een zorgaanbieder ten opzichte van het zorgkantoor is groot.¹⁰ Die evidente inkoopmacht aan de zijde van het zorgkantoor krijgt geen plaats in het onderzoek of het consultatiedocument. Dit terwijl die inkoopmacht een goede verklaring kan zijn voor het gebrek aan effect van concentratie op kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid.

De inkoopprocedures van de zorgkantoren – ook voorheen onder de AWBZ – zijn aanbestedingen waarbij de zorgkantoren prijsstellend zijn.¹¹ Ons zijn geen voorbeelden bekend uit de afgelopen 10 tot 15 jaar waarbij het tarief bilateraal structureel werd uitonderhandeld; als onderhandelingen al plaatsvinden dan is dit bij deerschikking en nacalculatie, en dan alleen voor zover er contracteerruimte beschikbaar is. Bij de inkoop is stevast sprake van een basistarief waarop in sommige procedures op- en afslagen konden worden verdiend op basis van bepaalde gunningscriteria. De afgelopen jaren vindt in toenemende mate harmonisatie plaats en verdwijnen deze op- en afslagen.¹²

⁹ Pagina 33 onderzoeksrapport, tweede alinea.

¹⁰ Zie o.a. juridische procedure genoemd op pagina 13 van het onderzoeksrapport m.b.t. tarieven 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2020:9527). De rechtbank oordeelt dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat (de positie van) het zorgkantoor de beginselen van het aanbestedingsrecht toepast op zorginkoopprocedures. Het gerechtshof in die procedure laat dat oordeel in stand.

¹¹ Niet in de zin van de Aanbestedingswet; de facto is het verplicht een vergelijkbare procedure. Zie voetnoot 10.

¹² Zie bijv. de richttariefpercentages die ZN publiceert.

Het voorgaande c.q. de inkoopmacht van zorgkantoren en inrichting van het zorgstelsel voor de Wlz lijkt de meest plausibele verklaring voor het feit dat de ACM geen effect vindt van de mate van concentratie op de prijs van de zorg.

Voor het feit dat geen effect van concentraties op kwaliteit wordt gevonden, is ook de waarschijnlijke verklaring gelegen in de inkoopmacht van de zorgkantoren. Immers, in een sector waarin kwaliteitskaders zeer gedetailleerd zijn is er een duidelijke ondergrens voor de organisatie van zorg. Hoewel er intrinsiek motivatie is om de hoogste kwaliteit te leveren, is de (financiële) ruimte voor investering gering. Dit is het directe gevolg van een zorgkantoor dat prijsstellend is en de tariefdruk die sinds jaar en dag nodig is om het Wlz-stelsel beheersbaar te houden. Dit raakt ook aan de door de ACM noodzakelijk geachte diversiteit in het aanbod, voor zover dit extra investeringen zou vereisen. Investering in diversiteit is niet of nauwelijks mogelijk.

Hetzelfde geldt voor het geringe effect van concentratie dat de ACM constateert bij toegankelijkheid. Ook daar zal inkoopmacht een grote rol spelen. Ervan uitgaande dat inkoopmacht ertoe leidt dat minder wordt ingekocht en/of tegen te lage prijzen (*deadweight loss*), is ongeacht de concentratiegraad van de markt te verwachten dat de keuzevrijheid van een (potentiële) cliënt gering is. Dit is het gevolg van marktinefficiënties. Er is te weinig ingekocht en/of te weinig ruimte bij zorgaanbieders om te investeren in nieuw aanbod. Anders dan de ACM veronderstelt is dan de verklaring voor het geringe effect dat zij nog ziet niet de concentratiegraad maar de inkoopmacht van het zorgkantoor.¹³

Zelfs als de ACM de conclusies over de impact van de inkoopmacht niet deelt, is niet verklaarbaar dat deze inkoopmacht van het zorgkantoor geen enkele plek krijgt in het onderzoeksrapport en het consultatiedocument. Dit terwijl het onderzoeksrapport op meerdere plaatsen uitgaat van of op zoek is naar verkoopmacht van verpleeghuizen. Wij geven de ACM in overweging, ook om het document bij de sector te laten landen als een evenwichtig onderzoek, aan deze inkoopmacht ruim aandacht te besteden.

Bij de bevindingen omtrent toegankelijkheid mist ons inziens een mogelijke inhoudelijke verklaring. Grotere zorgaanbieders hebben in de regio een sterker (publicitair) profiel. Zij adverteren lokaal meer, zijn fijnmaziger zichtbaar omdat ze hun naam op meerdere gevels hebben staan in de regio en zijn als belangrijke stakeholder vaker betrokken bij innovatie en samenwerking (met bijbehorende persberichten/foto's in lokale huis-aan-huisbladen). De kans dat een inwoner in aanraking komt met die grote aanbieder is simpelweg groter dan dat deze in aanraking komt met een kleine aanbieder. De keuze om bij de grote aanbieder op de wachtlijst te staan is dan waarschijnlijker. Die zichtbaarheid kan een verklaring zijn voor de beperkte relatie tussen toegankelijkheid en concentratiegraad die de ACM vindt.

Nog een andere verklaring kan zijn gelegen in het aanbod. Bij een hogere concentratiegraad laat de schaalgrootte van de zorgaanbieder mogelijk beter toe dat VPT/MPT wordt geleverd. Daarvoor is immers gekwalificeerd personeel nodig. De grotere schaalgrootte maakt de organisatie minder kwetsbaar als ook buiten de muren van de instelling wordt gewerkt. Dat zou een voorkeur voor cliënten kunnen opleveren omdat zij langer thuis kunnen blijven wonen en bij een verhuizing naar het verpleeghuis niet van aanbieder hoeven te wisselen.

Ten slotte is een relevante vraag welke betekenis toekomt aan wachtlijstinformatie. De ACM constateert in het onderzoeksrapport op pagina 79 en 80 ook dat er beperkingen kleven aan de uitkomsten. Die constatering onderschrijven wij.

¹³ De inkoopmacht van het zorgkantoor is eigenlijk een combinatie van (i) beleid en financiële keuzes van het Ministerie van VWS, (ii) indicatiestelling door het CIZ en dus geen invloed op de vraag en (iii) het contracteerstelsel in de Wlz met monopsonie voor het zorgkantoor. Stelling is dus niet dat het zorgkantoor als monopsonist haar beleid moet aanpassen of verkeerde keuzes maakt. Het gaat erom dat de ACM bij de beoordeling in concentratiezaken oog heeft voor deze inkoopmacht.

Daarbij is relevant dat uit recente wachtlijstinformatie blijkt dat 95% van de cliënten binnen 6 maanden is geplaatst, bij een gemiddelde verblijfsduur van 18 maanden of langer.¹⁴ Waar er spoed is, kan er op (veel) kortere termijn worden geplaatst. Een relevante maar niet beantwoorde vraag is daarom of het gevonden verband tussen toename van de wachtlijst bij een hogere concentratiegraad in de praktijk enige impact heeft. Op basis van de constatering dat 95% van de 15.000 tot 20.000 wachtenden binnen 6 maanden is geplaatst, is goed mogelijk dat dit niet het geval is.¹⁵

Consultatievraag 3

In hoeverre denkt u dat een significante beperking van de keuzemogelijkheden van cliënten in een bepaald gebied negatieve gevolgen heeft voor passende zorg en de diversiteit van het aanbod voor cliënten? Waarom wel of waarom niet?

Consultatievraag 4

In hoeverre denkt u dat andere factoren (bijv. intrinsieke motivatie, inkoopbeleid zorgkantoren, regulering, andere factoren) voldoende tegenwicht kunnen bieden tegen deze mogelijk negatieve gevolgen van een significante beperking van de keuzemogelijkheden? Waarom wel of waarom niet?

Wij beantwoorden vragen 3 en 4 hierna gezamenlijk.

De keuzemogelijkheden van cliënten zijn in de Wlz op voorhand beperkt. Er is een gesloten systeem van contracteren van aanbod door het zorgkantoor, met een beperkte aanvulling op basis van PGB. De prijs is gereguleerd door de maximumtarieven van de NZa. Het zorgkantoor, althans het Ministerie van VWS door middel van de contracteerruimte, reguleren indirect ook het volume dat kan worden aangeboden c.q. bekostigd. Aan de andere kant stelt het CIZ de indicaties en bepaalt daarmee de vraag naar zorg. Nieuwe aanbieders zijn ofwel aangewezen op het aanbieden van PGB of de beperkte contracteerruimte die het zorgkantoor reserveert voor nieuw aanbod. Anders dan in de Zvw is er geen mogelijkheid om ongecontracteerd zorg te leveren en zo als aanbieder te starten en innovatie/nieuw aanbod/etc. af te dwingen.¹⁶ Het wekt dan ook geen verbazing dat ondanks grote wachtlijsten er slechts beperkt nieuw aanbod wordt gerealiseerd door zorgaanbieders (of anderen).

De omvang van het aanbod en de diversiteit van het aanbod is door dit gesloten systeem immers beperkt. Het zorgkantoor kan nieuw of alternatief aanbod stimuleren. Volgens een recent nieuwsbericht van de NZa pakken de zorgkantoren in toenemende mate die rol.¹⁷ Dat het vooral ook het gesloten systeem is dat beperkingen oplegt aan de invulling van die rol blijkt in de bijbehorende publicaties van de NZa. In het artikel “*de langdurige zorg onder druk*” van de NZa staat:

“Juist omdat zorgkantoren niet alleen de toegankelijkheid en betaalbaarheid van de langdurige zorg kunnen borgen, roepen wij VWS op om het maatschappelijke en politieke debat op gang te brengen. Om op deze manier, vanuit een samenhangende lange termijnvisie, keuzes voor te bereiden om de langdurige zorg toegankelijk en betaalbaar te houden.”

¹⁴ Zie <https://www.zn.nl/zorgkantoren/wachtlijsten-langdurige-zorg> en <https://atosborne.nl/artikel/ontwikkeling-verblijfsduur-verpleeghuizen/>.

¹⁵ Zie grafiek op <https://magazines.nza.nl/nza-magazines/2021/06/zorgkantoren-organiseerden-toegang-tot-zorg-voor-clienten-soms-met-moeite>.

¹⁶ Wallage, B. *Het recht op vrije aanbiederskeuze binnen de Wet langdurige zorg*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2021 (45), p 580 – 593.

¹⁷ Zie: <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2021/12/15/nza-ziet-dat-zorgkantoren-rol-van-regionale-regisseur-steeds-meer-pakken> en <https://magazines.nza.nl/nza-magazines/2021/06/zorgkantoren-organiseerden-toegang-tot-zorg-voor-clienten-soms-met-moeite>.

In algemene zin zijn deze kenmerken van de verpleeghuissector ook terug te vinden in het consultatiedocument en onderzoeksrapport van de ACM.

Waar de keuzevrijheid vrijwel volledig wordt beperkt door het gesloten systeem van contratering met vergaande prijs- en volumeregulering, is niet waarschijnlijk dat keuzevrijheid een disciplinerende factor is of kan zijn voor zorgaanbieders. In een markt met (vergaande en door de overheid zo ingerichte) ondercapaciteit heeft een cliënt op voorhand geen of beperkte keuzemogelijkheden. Stemmen met de voeten heeft – voor zover al mogelijk – weinig effect. Op de zorgverleningsmarkten zijn er door deze ondercapaciteit weinig prikkels voor zorgaanbieders (meer).

Dat er de afgelopen 10 a 15 jaar een parallelle markt voor private intramurale zorg ontstaat voor vermogende cliënten onderstreept deze beperkingen van de Wlz-markt(en). Ondernemerschap buiten de Wlz wordt als aantrekkelijker optie gezien dan ondernemerschap binnen de Wlz.

Het antwoord op vraag 3 is dan dat een beperking van keuzevrijheid geen verdere negatieve gevolgen kan (en dus zal) hebben voor passende zorg en diversiteit van aanbod. Prikkels door marktwerking op de zorgverleningsmarkt zijn op zich mogelijk maar vereisen een andere inrichting van de markt waar vraag, aanbod en marktregulering in een andere verhouding tot elkaar staan. Bijvoorbeeld door het gesloten stelsel van contractering los te laten en de contracteerruimte uit te breiden. Beide opties zijn de komende jaren, mede indachtig de besparingen die het coalitieakkoord tot 2052 voorziet, niet realistisch. In dat licht is een beleid van de ACM waarbij concentraties worden beoordeeld op toegankelijkheid ongewenst omdat het deze fundamentele aspecten van de Wlz-markten miskent.

Voor vraag 4 geldt dat zeer geloofwaardig is dat intrinsieke motivatie een belangrijke factor is voor de kwaliteit en diversiteit van het huidige aanbod. Bij afwezigheid van prikkels van buitenaf voor zorgaanbieders op de zorgverleningsmarkten, is aannemelijk dat de interne prikkels de doorslaggevende zijn. Zo was het bovendien al voordat het mededingingsrecht van toepassing werd op deze sector.

Consultatievraag 5

Hoe kijkt u aan tegen het voornemen van de ACM om in haar toezicht bij toekomstige concentraties in de verpleeghuissector de focus te leggen op de mogelijke gevolgen op de zorgverleningsmarkt en het aantal reële en volwaardige alternatieven dat na een voorgenomen concentratie voor cliënten overblijft? En niet meer te toetsen op de mogelijke gevolgen voor de zorginkoopmarkt, tenzij een zorgkantoor of andere belanghebbende aangeeft negatieve gevolgen van de concentratie op die markt te verwachten?

Consultatievraag 6

Zijn de twee voorbeelden duidelijk en geven zij voldoende inzicht in de elementen die voor het onderzoek naar het reëel en volwaardig zijn van een alternatief voor cliënten vooral van belang zijn? Ontbreken er volgens u nog elementen?

Vragen 5 en 6 worden gezamenlijke beantwoord.

Zoals hiervoor toegelicht is een belangrijk kenmerk van de zorgverleningsmarkt dat er te weinig aanbod (en budgettair kader) is voor de vraag naar verpleeghuiszorg. Veronderstelling van de voorgestelde beleidskeuze van de ACM is dat er desondanks voldoende concurrentiedruk is tussen de zorgaanbieders bij het dingen om de gunst van de cliënt. En in het verlengde daarvan dat meetbaar en bewijsbaar is dat een voorgenomen concentratie leidt tot een significante belemmering van die concurrentie.

Dat maakt het voorgenomen beleid van de ACM bij toekomstige concentraties kwetsbaar en potentieel schadelijk. Wij lichten dat hierna toe.

Allereerst omdat de bewijslast van de ACM in concentratiezaken complex zal zijn en vermoedelijk niet tot een concrete onderbouwing van een *theory of harm* kan leiden. De ACM stelt op pagina 6 van het consultatiedocument dat grotere zorgaanbieders zich onafhankelijk van cliënt en zorgkantoor kunnen gedragen, maar daarvoor zijn nu juist geen tot weinig aanwijzingen gevonden.

De beleidskeuze van de ACM is – samengevat – gekoppeld aan de bevinding dat een hogere concentratiegraad leidt tot langere wachtlijsten. De vraag is gerechtvaardigd of die enkele bevinding de conclusie rechtvaardigt dat – in individuele gevallen – een significante belemmering van de mededinging aannemelijk is. Zoals hiervoor geconstateerd zijn er alternatieve verklaringen voor deze bevinding mogelijk en waarschijnlijk en zijn beperkingen van keuzemogelijkheden vermoedelijk het gevolg van systeemkeuzes. In het rapport zelf constateert de ACM ook beperkingen van het onderzoek, in het bijzonder dat alleen is gekeken naar wachtlijsten.¹⁸

Bovendien, zoals hiervoor bij het antwoord op vraag 2 geconstateerd, is een belangrijke niet beantwoorde vraag of toename van (het absolute) aantal personen op wachtlijsten in de praktijk enig effect heeft. De in dat verband hiervoor geciteerde cijfers suggereren van niet. Een enkele gevonden correlatie tussen *concentratiegraad* en wachtlijsten rechtvaardigt geen algemene conclusies over (mogelijke) *concurrentie*, laat staan conclusies in individuele zaken.

In de praktijk zal dit het beleid van de ACM kwetsbaar maken. Een concrete onderbouwing van een *theory of harm* is niet of nauwelijks mogelijk op basis van bevindingen omtrent toegankelijkheid die volgens de ACM zelf de nodige beperkingen kennen.

Ten tweede miskent deze voorgenomen beleidskeuze dat het zorgkantoor wel degelijk een regierol vervult. De NZa bevestigt dat recent (zie hiervoor). Echter, door systeemkeuzes van het Ministerie van VWS en de wetgever, is het zorgkantoor beperkt in de mogelijkheden om die rol in te vullen. Niet voor niets doet de NZa een oproep specifiek aan VWS (zie citaat hiervoor) en niet bijv. aan zorgaanbieders. Deze regierol van het zorgkantoor zal – getuige ook de rol die het coalitieakkoord benoemt voor het zorgkantoor – alleen maar toenemen in het kader van scheiden van wonen en zorg. Ons inziens koppelt de ACM ten onrechte aan de onderzoeksbevindingen de conclusie dat de zorgverleningsmarkt wel relevant is en de zorginkoopmarkt niet.

De onderzoeksbevindingen zouden in de context van het stelsel als geheel moeten worden gezien. Het is ons inziens daarbij van tweeën één.

Ofwel er is volgens de ACM ondanks de beperkingen als gevolg van het gesloten systeem van contracteren concurrentie mogelijk.¹⁹ In dat geval is juist het zorgkantoor aan zet als regisseur om divers aanbod van voldoende kwaliteit in te kopen. Door de ondercapaciteit in de markt is de cliënt beperkt in de mogelijkheden om zorgaanbieders te disciplineren door te stemmen met de voeten. Het is juist het zorgkantoor, dat de belangen van alle (potentiële) cliënten in een zorgkantoorregio gezamenlijk dient, dat de positie heeft om namens cliënten ten behoeve van die zorgverleningsmarkt waar mogelijk ondanks beperkingen toch nog te sturen. Bij beoordeling van concentraties zou dan de *countervailing buyer power* nadrukkelijk een rol moeten krijgen.

Ofwel de conclusie is dat de beperkingen van het gesloten systeem ertoe leiden dat marktwerking geen (meetbare) functie vervult. Dat geldt dan ook voor de zorgverleningsmarkt. Het beschermen van keuzevrijheid van cliënten door de ACM valt dan te prijzen, maar is een vorm van consumentenbescherming die niet onder de mededingingswet valt. Het is dan aan de wetgever om daarvoor waarborgen te creëren, niet aan de ACM.

¹⁸ Onderzoeksrapport p. 79-80.

¹⁹ Misvatting (*fallacy*) zou in dat geval zijn dat de onderzoeksresultaten niet zozeer wijzen op gebrek aan concurrentie van verpleeghuizen maar op inkoopmacht van het zorgkantoor.

De oproep aan de ACM is om hierin een duidelijke(re) keuze te maken. Juist in een markt waar – volgens het onderzoek van de ACM zelf – concentratie geen invloed heeft op (lagere) prijs of (hogere) kwaliteit zou de ACM ruimte moeten laten voor zorgaanbieders en zorgkantoren om initiatieven te ontplooiën om op die punten verbetering te realiseren. Zowel door middel van concentratie als samenwerking; over dat laatste hierna meer.

Ten derde is de benadering – in algemene zin maar vooral ook in de voorbeelden – te beperkt. De ACM dient in individuele zaken een prospectieve analyse uit te voeren. Ontwikkelingen zoals het scheiden van wonen en zorg zullen van invloed zijn op de omvang van de relevante markt, toetredingsdrempels, welke partijen kwalificeren als (potentiële) concurrenten en de keuzemogelijkheden van cliënten.

De voorbeelden die de ACM nu in het consultatiedocument noemt gaan uit van een statische benadering, waarbij wordt gekeken naar de huidige situatie op een relevante markt voor verpleeghuiszorg. Zonder nuancering van de voorbeelden zou bij verkennende gesprekken tussen mogelijke fusiepartners te snel en ten onrechte de indruk kunnen ontstaan dat een fusie niet zal worden goedgekeurd. Daardoor gaat eventuele meerwaarde van concentratie, bijvoorbeeld in de vorm van investeringsmogelijkheden en innovatie, bij voorbaat verloren. Het beleid van de ACM is dan onnodig schadelijk en leidt tot welvaartsverlies.

Verwacht mag worden dat concentraties – zeker voor de kleinere zorgaanbieders – nodig zijn de komende jaren. Immers, bij lage marges door aanhoudende tariefdruk zal investeringsruimte moeten worden gerealiseerd met hoger volume. Die investeringsruimte is de komende jaren/decennia broodnodig voor maatregelen gericht op herontwikkeling van vastgoed, ontwikkelen MPT/VPT aanbod en de schaarste op de personeelsmarkt.

Wij geven gelet op het voorgaande in overweging voor de zorg, eventueel beperkt tot de Wlz, de verlaagde omzetsdrempels voor concentratiemelding aan te (laten) passen. De huidige drempels zijn al 13 jaar niet geïndexeerd en bedoeld voor markten in ontwikkeling. De uitkomsten van het onderzoek laten in elk geval zien dat er geen reden is om de verlaagde omzetsdrempels in de Wlz te handhaven. Marktwerking is beperkt aanwezig of zelfs afwezig en de rollen van zorgkantoren en zorgaanbieders zijn al jaren stabiel. Hogere omzetsdrempels of zelfs de reguliere omzetsdrempels op de Wlz toepassen zou vooral de kleinere zorgaanbieders in staat stellen met meer zekerheid plannen te maken over hoe de uitdagingen in de nabije toekomst tegemoet te treden.²⁰ Uiteraard is bekend dat de ACM niet zelf besluit over deze verlaging; dat neemt niet weg dat de ACM dit met het ministerie zou kunnen bespreken als aanvulling op het ACM beleid voor de verpleeghuissector.

Ten vierde kan de vraag worden gesteld of het voorgestelde beleid van de ACM extra schadelijk zal zijn in de minder stedelijke gebieden. Waar concentratiegraad kennelijk een maatstaf wordt voor het beoordelen van (concurrentie na) voorgenomen concentraties, is er voor zorgaanbieders in de grootstedelijke gebieden vermoedelijk wel (enige) ruimte om te concentreren. Zij kunnen door middel van die concentratie voldoen aan de investeringsopgave hiervoor bedoeld. Buiten het grootstedelijk gebied zal de mogelijkheid om te concentreren kleiner zijn. Waar er minder vraag is, is er logischerwijs ook minder aanbod. Op voorhand is de concentratiegraad dan hoger en de mogelijkheid voor een lokale fusie kleiner.

Het behalen van de benodigde schaalgrootte is dan voor de zorgaanbieder buiten de grootstedelijke gebieden met een wat kleinere omvang (de *local heroes*) moeilijker. Zij kunnen een behoefte aan concentratie hebben, maar worden als eerste belemmerd door het voorgenomen beleid van de ACM. Zij zullen niet de financiële slagkracht en lange adem hebben voor een mogelijk vergunningstraject bij de ACM, met onzekere uitkomst. De oplossing daarvoor zal worden gezocht in het zoeken van toenadering tot partijen in aangrenzende werkgebieden. Om schaalvoordelen goed te kunnen benutten zal er – zo ligt voor de hand – vermoedelijk een voorkeur zijn voor een fusiepartner die bovenregionaal tot landelijk actief is. Immers, twee kleinere partijen in

²⁰ Wij zien in de praktijk vaak dat kleinere lokale aanbieders wel de verlaagde omzetsdrempels halen maar niet de reguliere omzetsdrempels.

gescheiden werkgebieden versterken elkaar minder dan een grote fusiepartner die gewend is over regio grenzen heen te werken en *back-office* voor een groter gebied efficiënt te organiseren.

Dat kan op zich een valide strategie zijn, maar waar de ACM kennelijk keuzevrijheid en diversiteit van aanbod hoog in het vaandel heeft, is het de vraag of de voorgenomen benadering niet een averechts effect zal hebben. De *local heroes* worden in de armen van de grote aanbieders gedreven.²¹ Met het oog op keuzevrijheid en diversiteit, lijkt het wenselijker de *local heroes* te stimuleren een volwaardig alternatief te zijn voor de grote aanbieders die in meerdere regio's actief zijn.

Ten vijfde vragen wij aandacht voor de afbakening van de relevante markt. In de voorbeelden die de ACM beschrijft wordt uitgegaan van een relevante markt voor verpleeghuiszorg. Dat is in elk geval niet de relevante markt die de ACM de afgelopen jaren in haar beschikkingen heeft gehanteerd. Daarin gaat de ACM uit van een onderscheid tussen somatische (SOM) en psychogeriatrische (PG) verpleeghuiszorg. Daarvan uitgaande behoeven de in de voorbeelden genoemde verpleeghuizen helemaal geen concurrenten te zijn. Een nuancering in de voorbeelden dat de relevante markt moet worden bepaald is op zijn plaats (zie ook slotopmerking hierna over marktafbakening).

Ten slotte vragen wij ons af welke betekenis dit beleid zou kunnen hebben op initiatieven voor samenwerking tussen zorgaanbieders die moet worden getoetst aan het kartelverbod. De stappen die de ACM de afgelopen vijf tot tien jaar heeft gezet bij het geven van (meer) duidelijkheid over samenwerking tussen zorgaanbieders wordt voor verpleeghuizen mogelijk teniet gedaan met deze beleidskeuze.

Immers, voor een belangrijk deel is die duidelijkheid gekoppeld aan de regisseursrol die het zorgkantoor in het wettelijk stelsel heeft. Juist ook in het kader van scheiden van wonen en zorg is een mooi voorbeeld de manier waarop de ACM in het verleden richting heeft gegeven aan de (on)mogelijkheden bij het gezamenlijk afbouwen van intramurale capaciteit.

De voorlopige beleidskeuze dat concurrentie op de zorginkoopmarkten niet van of van ondergeschikt belang is, ondermijnt die positie van het zorgkantoor bij mededingingsrechtelijke toetsing. Als de lijn van de ACM wordt gevolgd, kan het zorgkantoor niet als regisseur optreden bij mededingingsrechtelijke vraagstukken rond samenwerking en bij het tot stand komen van die samenwerking dus geen (faciliterende) rol spelen. Dit terwijl – zie hiervoor – de NZa juist van mening is dat het zorgkantoor deze rol probeert te pakken en daarin gefaciliteerd zou moeten worden door VWS. Ten minste is wenselijk dat de ACM het definitieve rapport van enige richtsnoeren voorziet omtrent de betekenis van het rapport bij (voorgenomen) samenwerking in de verpleeghuiszorg.

Consultatievraag 7

Heeft u nog andere opmerkingen of suggesties die u de ACM wilt meegeven met het oog op de uitoefening van het concentratietoezicht in de verpleeghuiszorg?

In het verlengde van de opmerking hiervoor over het toevoegen van de relevante markt aan de voorbeelden, het volgende. In toenemende mate kunnen vraagtekens worden gezet bij het onderscheid in SOM en PG dat de ACM in beschikkingen tot nu toe hanteert. Veel verpleeghuizen bieden tegenwoordig verpleeghuiszorg op locaties waar beide doelgroepen worden verzorgd. Het combineren van deze doelgroepen is mede een gevolg van de ontwikkelingen op het gebied van scheiden van wonen en zorg. Bij het afbouwen van intramurale capaciteit is herschikking tussen deze doelgroepen vaak een logische stap geweest.

In plaats hiervan lijkt een onderscheid te zijn ontstaan met aan de ene kant zorgaanbieders die in staat zijn zwaardere Wlz-zorg met behandeling te leveren en daar specialisten ouderengeneeskunde voor inzetten. Aan

²¹ En doordat de ACM de zorginkoopmarkt niet (meer) relevant acht voor verpleeghuiszorg, staat de deur open voor dergelijk "kralen rijgen". <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-bergman-clinics-mag-mauritskliniek-niet-overnemen>

de andere kant zijn er de zorgaanbieders die de minder zware cliënten verplegen en verzorgen op basis van Wlz-zorg zonder behandeling. Substitutie tussen dit aanbod is niet goed mogelijk door de specialisatie, inzet van een (schaarse) specialist ouderengeneeskunde en intensiteit die nodig is voor het aanbod Wlz-zorg met behandeling.

Als de ACM het voorgenomen beleid toch ongewijzigd vaststelt, zeker als ze daarnaast geen aanpassingen in de omzeldrempels doorvoert (althans laat doorvoeren), geven wij als suggestie mee om het onderzoeksrapport en consultatiedocument op korte termijn aan te vullen met richtsnoeren voor de sector over afbakening van de relevante markt in de Wlz-zorg. Daar kan dit mogelijk onderscheid bij worden betrokken. Dat stelt zorgaanbieders beter in staat de gegeven voorbeelden in het consultatiedocument op waarde te schatten.

Verder is een opmerking bij het onderzoeksrapport op zijn plaats, in het bijzonder de volgende passage op pagina 79 van het onderzoeksrapport. De ACM stelt daar:

“In de gegevens zien we een beperkte spreiding in de prijs die betaald wordt voor een ZZP prestatie. Het is niet te achterhalen of deze beperkte spreiding veroorzaakt wordt door de regulering met maximum prijzen, dat er niet scherp wordt ingekocht of dat er weinig verschillen bestaan tussen de aanbieders in het kostenniveau.”

De beperkte spreiding is het gevolg van geen van deze elementen. De beperkte spreiding is het directe gevolg van de zorginkoop door het zorgkantoor en een bewuste beleidskeuze van die zorgkantoren. Er wordt scherp ingekocht door het zorgkantoor dat – blijkens ook de juridische procedures waar de ACM naar verwijst – de grens opzoekt van de korting die ten opzichte van het NZa-maximum kan worden bedongen. Zoals hiervoor toegelicht is dit beleidsmatig ook de enige ruimte die het zorgkantoor heeft om voldoende zorg in te kopen in het licht van de (verwachte) vraag.

Dat dit leidt tot beperkte spreiding komt omdat – o.a. doordat ZN richttariefpercentages afgeeft – zorgkantoren in de inkoopprocedure een prijs stellen, waarop (in steeds mindere mate) een op- of afslag kan plaatsvinden. Verder is er geen onderhandelingsruimte. In die zin is de woordkeuze van "*onderhandelde prijs*" in voetnoot 17 bij het onderzoeksrapport ook ongelukkig. Voor zover er ruimte is voor onderhandeling is die er (beperkt) bij herschikking en nacalculatie; niet bij de zorginkoop. Die werkwijze blijkt duidelijk uit de openbaar beschikbare zorginkoopdocumenten. Het onderzoeksrapport zou aan kracht winnen als de ACM dergelijke marktkenmerken had betrokken bij het onderzoek (en de geciteerde passage en voetnoot kan dan daarop worden aangepast).

Slotopmerking

Wij kijken met belangstelling naar het definitieve rapport en beleidsdocument van de ACM. Mocht de ACM het op prijs stellen om nog een keer mondeling van gedachten te wisselen, dan zijn wij daartoe graag bereid.

Hoogachtend,
Namens het team Zorg & Life Sciences en het team Mededinging van Van Doorne

Van Doorne N.V.
Cees Jan de Boer

