

Advies 16.01 – Betaling via inkooporganisatie

Aan de Codecommissie van de stichting Gedragscode Medische Hulpmiddelen (hierna: de Codecommissie) is op grond van artikel 37 van het Reglement van de Codecommissie en Commissie van Beroep door branchevereniging A verzocht advies uit te brengen omtrent de toelaatbaarheid onder de Gedragscode Medische Hulpmiddelen ('GMH Code') van het sluiten van een standaardovereenkomst door lidbedrijven in het kader van de inkoop van hulpmiddelen door ziekenhuizen met inschakeling van een derde partij. Aangezien het in de verwachting ligt dat meerdere ziekenhuizen met deze derde partij zullen gaan samenwerken en de standaardovereenkomst dus op grotere schaal zal worden gehanteerd, acht A duidelijkheid over de toelaatbaarheid onder de GMH Code van belang.

Achtergrondinformatie

Op grond van de door A verstrekte informatie heeft B bedrijven (waaronder leden van A) gevraagd een overeenkomst met de C aan te gaan als onderdeel van een transactie tussen het betrokken bedrijf en het B.

In de standaardovereenkomst die bedrijven sluiten met C staat:

'C is opgericht met het doel door bundeling van de inkoop van de aangesloten huizen (lees: ziekenhuizen, CvN) de kostenstructuur van de aangesloten huizen duurzaam te verbeteren. Zij treedt op voor de huizen, waarbij haar werkzaamheden behalve de directe en indirecte inkoopactiviteiten van adviserende aard zijn en geen sprake is van gedwongen winkelnering. C neemt een deel van de aanbestedingsprocedures over van de aangesloten huizen, waarbij ook in dit opzicht deelname door de aangesloten huizen vrijwillig is.'

Een bedrijf dat de overeenkomst met C sluit, krijgt volgens A "preferential toegang (...) tot de aangesloten ziekenhuizen om hun producten aan de man te brengen". Blijkens de overeenkomst houdt dat in dat C zich verplicht om het betrokken bedrijf als toeleverancier op te nemen op een lijst van toeleveranciers, om alle aangesloten ziekenhuizen binnen het gebied waar de overeenkomst betrekking op heeft te attenderen op de samenwerking met het betrokken bedrijf en te informeren over de producten van het betrokken bedrijf en over de prijsstelling van de producten die dat bedrijf levert.

Blijkens het contract betaalt een bedrijf aan de ziekenhuizen gedurende de looptijd van deze overeenkomst een "verplichte vergoeding/bonus ter hoogte van 1% plus de wettelijke omzetbelasting in Nederland over de gerealiseerde netto-omzet (omzet exclusief omzetbelasting) tijdens de looptijd van deze overeenkomst bij de contractant." C int deze bedragen en geeft deze aan de aangesloten ziekenhuizen door.

A wenst te vernemen of deze constructie toelaatbaar is in het licht van de GMH, en bij de beoordeling van de toelaatbaarheid specifiek aandacht te schenken aan de vraag of de constructie is te kwalificeren als een 'bonus die verband houdt met een handelstransactie' in de zin van artikel 6 van de GMH Code. Ook wenst A te vernemen of het hierbij van belang is of het betrokken bedrijf heeft onderzocht of de bonus die aan B betaald wordt wel of niet geheel of gedeeltelijk ten goede komt aan C en/of achterliggende partijen.

Toepasselijkheid van de GMH Code

Allereerst komt de vraag aan de orde of de GMH Code van toepassing is. De bedrijven zijn leveranciers van medische hulpmiddelen in de zin van artikel 1 onder d. GMH. De Voorzitter van de Codecommissie stelt aan de hand van de feiten vast dat C als inkoper optreedt namens ziekenhuizen. Ziekenhuizen zijn Instellingen in de zin van art. 1 onder c GMH, en als zodanig op grond van artikel 20 verplicht om deze Gedragscode na te leven en er op toe te zien dat hun medewerkers dan wel de zorgprofessionals die onder hun verantwoordelijkheid werken deze Gedragscode naleven. Er is sprake van een op geld te waarden voordeel dat wordt aangeboden of in het vooruitzicht gesteld door een bedrijf aan de instelling en de daarin werkzame zorgprofessionals (artikel 1 onder f GMH). Het feit dat C in deze relatie als tussenschakel fungeert, maakt dat niet anders. De ziekenhuizen ontvangen immers van het bedrijf – via C als tussenschakel – de bedongen handelskorting alsmede een extra korting (bonus) van 1% van de omzet van het betreffende bedrijf.

Dat een tussenschakel niet relevant is voor de toepasselijkheid van de regels volgt uit de toelichting bij artikel 1 sub b GMH: “De toepasselijkheid van de Gedragscode kan niet worden ontweken door bijvoorbeeld bepaalde afspraken via een maatschap, een rechtspersoon of een zorginstelling te laten lopen.” en is ook bevestigd in advies 15.02. C treedt op namens de instellingen en moet derhalve aan de eisen voldoen waaraan de instellingen moeten voldoen.

De GMH is derhalve van toepassing.

Beoordeling van de adviesaanvraag

Voor de vraag of deze handelwijze de toets aan de GMH Code kan doorstaan is de kwalificatie van de aard van de interactie van belang. In dat verband is het noodzakelijk om onderscheid te maken tussen

1. de ‘normale’ handelskortingen die C namens de ziekenhuizen bedingt van en afspreekt met de leverancier en doorgeeft aan het ziekenhuis, en
2. de verplichte vergoeding/bonus ter hoogte van 1% die eveneens wordt doorgegeven aan het ziekenhuis.

Ad 1. De normale handelskortingen

Artikel 6 GMH bepaalt dat het geven van bonussen en kortingen onder voorwaarden is toegestaan, zonder dat daar maximumbedragen voor gelden. Op grond van lid 1 van dit artikel dienen ‘bonussen en kortingen verband te houden met handelstransacties’, hetgeen betekent dat het moet gaan om “maatregelen of handelspraktijken inzake prijzen, marges en kortingen die verband houden met een handelstransactie.”

In de toelichting bij dit artikel wordt dit niet verder uitgewerkt.

De Voorzitter stelt vast dat de ‘normale’ handelskortingen die C namens de ziekenhuizen afspreekt met de leverancier en doorgeeft aan het ziekenhuis onder artikel 6 zijn toegestaan, mits aan de voorwaarden van het tweede lid wordt voldaan, te weten:

1. het moet gaan om kortingen in geld of in branche-gerelateerde producten;

2. deze moeten uitdrukkelijk schriftelijk tot uitdrukking zijn gebracht, en
3. de bonussen en kortingen worden verrekend met de (rechts)personen die rechtstreeks partij zijn bij de handelstransactie dan wel rechtstreeks betrokken zijn bij de distributie of aflevering van de medische hulpmiddelen waarop de handelstransactie betrekking heeft

De Voorzitter gaat er voorshands van uit dat aan deze eisen is of zal worden voldaan, waarbij hij aanneemt dat C de bedongen (normale handels)kortingen inderdaad volledig doorbetaalt aan het ziekenhuis.

A heeft verzocht om in het advies ook aandacht te besteden aan het derde lid van artikel 6 GMH. Daaruit volgt dat het verboden is om de totstandkoming van een handelstransactie te koppelen aan het aanbieden of in het vooruitzicht stellen respectievelijk vragen of aannemen van financiële voordelen ten gunste van derde partijen die niet rechtstreeks partij zijn bij de overeenkomst. De Voorzitter stelt vast dat dit lid uitsluitend van toepassing is indien en voor zover artikel 6 van toepassing is. Artikel 6 lid 3 is opgenomen om te voorkomen dat de GMH wordt omzeild door betalingen aan derde partijen. Daarvan lijkt in het onderhavige geval geen sprake te zijn. Het staat immers vast dat de bonussen en kortingen uiteindelijk ten goede komen aan de (rechts)personen die rechtstreeks partij zijn bij de handelstransactie dan wel rechtstreeks betrokken zijn bij de distributie of aflevering van de medische hulpmiddelen waarop de handelstransactie betrekking heeft. Reden om daaraan te twijfelen heeft de Voorzitter op basis van de gegevens niet, waarbij hij ervan uit gaat dat de contracten die C namens de ziekenhuizen met de leveranciers sluit, volstrekt helder zijn over de bedongen kortingspercentages en dat die kortingen dan ook volledig aan de ziekenhuizen worden uitgekeerd. Dat de ziekenhuizen C betalen voor deze bemiddelende werkzaamheden (zie hieronder), staat buiten de relatie tussen leveranciers en ziekenhuizen.

Ad 2. De vergoeding/bonus van 1%

Wat deze vergoeding/bonus betreft verdient allereerst opmerking dat de rol van C onduidelijk is. Het lijkt dat zij optreedt als verlener van diensten ten behoeve van het ziekenhuis; zie onder meer de preambule van de overeenkomst. Het ziekenhuis ontvangt echter voor C prestaties een vergoeding/bonus ter hoogte van 1% plus BTW over de gerealiseerde netto-omzet, te betalen door de leverancier. Dit is merkwaardig nu verwacht zou mogen worden dat het ziekenhuis aan C een vergoeding voor haar diensten zou dienen te betalen. Wellicht is dit (ook) het geval maar het blijkt niet.

Wellicht zou het ziekenhuis kunnen stellen dat C blijkens par. 2 van de overeenkomst ook diensten verricht ten behoeve van de leverancier. Ook dan blijft merkwaardig dat C daarvoor geen vergoeding van de leverancier bedingt voor zichzelf maar voor het ziekenhuis. Dit bedrag wordt in die gedachtegang immers betaald als tegenprestatie voor het krijgen van daadwerkelijke toegang tot het ziekenhuis, waarbij C de noodzakelijke lijnen legt. Concreet bestaat de dienst van C 'als voorportaal van het ziekenhuis' er blijkens het contract dan uit dat zij het betrokken bedrijf als toeleverancier op een lijst van toeleveranciers vermeldt, alle aangesloten ziekenhuizen attendeert op de samenwerking met het betrokken bedrijf en deze ziekenhuizen informeert over de (prijstelling van de) producten van het betrokken bedrijf. Kortom: die 1% wordt in essentie betaald voor de mogelijkheid zich als potentiële leverancier te profileren en bij het ziekenhuis "binnen te mogen komen". In deze

gedachtegang kan de verplichte vergoeding/bonus ter hoogte van 1% die aan het ziekenhuis wordt doorgegeven, niet worden gekwalificeerd als een korting of bonus zoals bedoeld in artikel 6.

Daarmee komt deze vorm van korting in wezen neer op de betaling voor een dienst in de zin van artikel 13 GMH. Het gaat immers om dienstverlening in de zin van lid 1 van dit artikel: “het door een zorgprofessional tegen vergoeding verrichten van bepaalde diensten, ongeacht de aard en aanduiding van deze diensten.” Het betalen voor het verrichten van diensten is uitsluitend toegestaan indien en voor zover wordt voldaan aan de voorwaarden die door artikel 13 GMH aan dienstverlening worden gesteld.

Onder verwijzing naar advies 13.08 is de Voorzitter van oordeel dat het onwenselijk is dat aan de toepasselijkheid van artikel 13 kan worden ontkomen door de betaling voor diensten in de vorm van een “bonus/korting” te gieten. Artikel 6 GMH is en blijft een uitzonderingsbepaling die niet ruimhartig dient te worden toegepast.

De Voorzitter beschikt over onvoldoende gegevens om te beoordelen of aan alle vereisten van artikel 13 en 14 wordt of zal worden voldaan. In algemene zin merkt hij op dat het in ieder geval onwaarschijnlijk is dat wordt voldaan aan de eis dat de vergoeding voor de dienst marktconform is, of zoals de toelichting stelt: redelijk is. Uitgaande van de aanname dat het aantal uren dat aan de diensten wordt besteed geen of nauwelijks een relatie heeft met de uiteindelijke betaling daarvoor (want deze is immers gerelateerd aan de omzet) is reeds daarom de betaling niet redelijk.

Bovendien eist artikel 13 GMH dat de vergoeding voor de dienst op generlei wijze gekoppeld mag zijn aan het volume of de waarde van de medische hulpmiddelen die de zorgprofessional mogelijk (heeft) gebruikt of in de toekomst zal gebruiken. Omdat het bedrag dat het ziekenhuis ontvangt een (deel van het) percentage is van de omzet, wordt niet aan dit vereiste voldaan.

Conclusie

In het licht van het bovenstaande komt de Voorzitter van de Codecommissie tot de volgende conclusie.

Op grond van artikel 6 GMH is er geen bezwaar om bonussen en normale handelskortingen te verlenen aan ziekenhuizen, ook indien daarbij een derde partij als tussenpersoon wordt ingeschakeld.

Het geven van een bonus/vergoeding van 1% voor specifieke activiteiten die door de derde partij moeten worden verricht is een betaling voor het verrichten van een dienst. Het betalen voor het verrichten van diensten is uitsluitend toegestaan indien en voor zover wordt voldaan aan de voorwaarden die door artikel 13 GMH aan dienstverlening worden gesteld.

Indien en voor zover een interactie op grond van de GMH niet is toegestaan, heeft dat consequenties voor alle partijen. In dit geval dus voor zowel de ziekenhuizen (zoals B), als C als tussenpersoon, als de leveranciers van medische hulpmiddelen.

Den Haag, 2 maart 2016

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'C.J.J.C. van Nispen', written in a cursive style.

Prof. Mr C.J.J.C. van Nispen
voorzitter Codecommissie GMH