

Advies 16.02 – Betaling vergoeding aan een 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 de Branchevereniging A verzocht advies uit te brengen omtrent de toelaatbaarheid van het sluiten van een bepaalde overeenkomst tussen een inkooporganisatie, handelend voor haar leden, zijnde zorginstellingen, en leveranciers die zijn aangesloten bij A, onder de Gedragscode Medische Hulpmiddelen ('GMH'), in het bijzonder artikelen 6.2.c, 6.3 en 13 GMH.

A twijfelt of hetgeen in deze overeenkomst wordt afgesproken, toegestaan is onder de GMH omdat de casus gelijkenissen vertoont met de casus die beoordeeld is in Advies A16.01.

Achtergrondinformatie

Uit de aan de Codecommissie ter beschikking gestelde informatie blijkt het volgende.

X B.V. houdt zich bezig met het verlenen van bemiddelingsdiensten aan de gezondheidssector en diensten die daarmee verband houden. X B.V. onderhandelt (samen met Y B.V.) met leveranciers van medische hulpmiddelen om inkoopvolumes te bundelen en zo ten behoeve van haar leden (zorginstellingen, hierna ook: 'Lid' of 'Leden') betere prijzen en voorwaarden te bedingen. X B.V. onderhandelt in beginsel prijzen en voorwaarden uit met een leverancier (hierna: 'Leverancier') en borgt deze in een raamovereenkomst. Zij zet zich als inkooporganisatie ervoor in dat alle bij haar aangesloten Leden zullen inkopen bij de contractueel aangesloten Leveranciers. Zo'n Leverancier verkrijgt daarmee een soort 'voorkeurspositie'. Uit de bijlagen bij de Raamovereenkomst blijkt dat er momenteel 20 zorginstellingen Lid zijn.

In de Raamovereenkomst tussen X B.V. en de Leverancier staat in dat verband onder meer dat (Art. 1.1):

X B.V. door haar Leden gemandateerd is om namens haar Leden onder meer te onderhandelen met Leverancier aangaande prijzen en andere voorwaarden zoals benoemd in onderhavige overeenkomst.

In Bijlage 4 staan specifieke afspraken tussen X B.V. en Leverancier. In 1) staat de vergoeding vermeld die een Leverancier aan X B.V. moet vergoeden:

X B.V. ontvangt van de Leverancier voor de totstandkoming van raamovereenkomst alsmede voor al zijn inspanning(en) een vergoeding over alle gerealiseerde omzetten van de contractueel aangesloten Leden. Deze vergoeding bedraagt 3% over de totaal gerealiseerde omzet van producten en diensten vallende onder de gehele reikwijdte deze overeenkomst van alle Leden tezamen, te vermeerderen met 21% BTW.

Uit de feiten is niet duidelijk of deze vergoeding van 3% geheel of gedeeltelijk, uiteindelijk via X B.V. bij de Leden terecht komt.

X B.V. is geen partij in de relatie tussen Leverancier en een Lid waar het gaat om de uitvoering van de overeenkomst: de levering van goederen en diensten en alles wat daaruit voortvloeit.

Uit de stukken bij de adviesaanvraag blijkt dat een Leverancier die deze overeenkomst sluit, een voorkeurspositie krijgt. Zo staat in de overweging D bij de Raamovereenkomst dat X B.V. zich ervoor zal inzetten dat alle bij haar aangesloten Leden zullen inkopen bij de contractueel aangesloten Leveranciers.

Toepasselijkheid van Gedragscode Medische Hulpmiddelen (GMH)

Allereerst dient de vraag aan de orde te komen of de GMH toepasselijk is. De leden van A zijn allen leveranciers van medische hulpmiddelen in de zin van art. 1 onder d. GMH. De Voorzitter van de Codecommissie stelt aan de hand van de feiten vast dat X B.V. als inkoper optreedt namens diverse zorginstellingen. Zorginstellingen zijn samenwerkingsverbanden van zorgprofessionals in de zin van art. 1 onder b. GMH. Er is sprake van een op geld te waarden voordeel dat wordt aangeboden of in het vooruitzicht gesteld door een bedrijf aan een dergelijk samenwerkingsverband (art. 1 onder f GMH). Die voordelen zijn enerzijds de bedongen kortingen die, naar de Voorzitter aanneemt, volledig worden doorgegeven aan de Leden, en anderzijds de vergoeding van 3% die de Leveranciers betalen aan X B.V. voor haar inspanningen. Indien en voor zover laatstgenoemde vergoeding geheel of gedeeltelijk wordt doorgegeven aan de Leden, is de GMH Code ook op deze voordelen van toepassing.

De Voorzitter merkt in dit verband op dat uit de toelichting bij art.1 sub b GMH volgt dat het inschakelen van een tussenpersoon – zoals in dit geval een inkooporganisatie – niet aan toepasselijkheid van de regels in de weg staat: “De toepasselijkheid van de Gedragscode kan niet worden ontweken door bijvoorbeeld bepaalde afspraken via een maatschap, een rechtspersoon of een zorginstelling te laten lopen.” Dit is eerder bevestigd in advies 15.02 en advies 16.01.

De GMH is derhalve in beginsel van toepassing.

Beoordeling van de adviesaanvraag

Voor de vraag of deze handelwijze de toets aan de GMH 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 X B.V. namens de zorginstellingen bedingt van een Leverancier en doorgeeft aan de zorginstelling en
2. de verplichte vergoeding van 3% die X B.V. van de Leverancier bedingt voor haar eigen inspanningen.

Ad 1. De normale handelskortingen

De Voorzitter gaat ervan uit dat X B.V. de bedongen normale kortingen volledig doorgeeft aan haar Leden. Ten aanzien van deze kortingen stelt de Voorzitter vast dat dit is toegestaan, mits wordt voldaan aan de vereisten van artikel 6:

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.

A heeft verzocht om ook in dit advies aandacht te besteden aan artikel 6 lid 3 GMH Code. Op grond van dit artikel is het verboden 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. Dit artikel is niet van toepassing, omdat in het onderhavige geval er geen aanleiding is te veronderstellen dat de GMH wordt omzeild door betalingen aan derde partijen. De kortingen komen immers uiteindelijk ten goede aan de Leden, en deze zijn rechtstreeks partij bij de handelstransactie. Wel wijst de Voorzitter erop dat hij ervan uit gaat dat de betreffende contracten die X B.V. met de Leveranciers sluit, volstrekt helder zijn over de bedongen kortingspercentages en dat die kortingen dan ook volledig aan de Leden worden doorgegeven. Op dit punt ziet de Voorzitter geen aanleiding om deze casus anders te beoordelen dan de casus die beoordeeld is in advies 16.01.

Ad 2. De vergoeding van 3%

De vergoeding van 3% die de Leverancier aan X B.V. betaalt, kan niet worden gekwalificeerd als een korting of bonus zoals bedoeld in artikel 6. Dit bedrag wordt immers betaald als tegenprestatie voor het verrichten van bepaalde diensten voor de Leverancier. In die zin is deze casus vergelijkbaar met die in advies 16.01: in essentie wordt deze vergoeding betaald voor een voorkeurspositie en is er sprake van betaling voor dienstverlening in de zin van art. 13 GMH.

Een verschil met de casus in 16.01 is dat uit de beschikbare informatie niet duidelijk wordt of de door de Leverancier te betalen vergoeding al dan niet geheel of gedeeltelijk aan de Leden wordt doorgegeven.

Als de vergoeding niet wordt doorgegeven, is er weliswaar sprake van een betaling voor dienstverlening maar die is niet te kwalificeren als een interactie *tussen een Leverancier en een zorginstelling of zorgprofessional*. De vergoeding komt dan immers uitsluitend ten goede aan X B.V. Of het percentage van 3% dat een Leverancier moet betalen aan X B.V. voor haar activiteiten redelijk is, is aan partijen en valt buiten de reikwijdte van de GMH Code.

Als de vergoeding wel geheel of gedeeltelijk wordt doorgegeven, is sprake van een interactie tussen een Leverancier en een zorginstelling en is art. 13 GMH van toepassing. Het betalen van deze vergoeding is dan uitsluitend toegestaan indien en voor zover wordt voldaan aan de voorwaarden die in dat artikel aan dienstverlening worden gesteld. De Voorzitter beschikt over onvoldoende gegevens om te beoordelen of, als de vergoeding inderdaad (ook) aan de Leden ten goede komt, aan alle vereisten van artikel 13 en 14 wordt of zal worden voldaan. In dat verband vraagt de Voorzitter aandacht voor de eis dat de vergoeding voor de dienst redelijk is (art. 13 lid 3). Uitgaande van de veronderstelling dat het aantal uren dat aan de diensten wordt besteed geen of nauwelijks relatie heeft met de uiteindelijke betaling daarvoor (want deze is immers gerelateerd aan de omzet), zal reeds om deze reden de betaling niet redelijk zijn. Daarnaast mag op grond van ditzelfde artikellid de vergoeding voor de dienst op generlei wijze gekoppeld 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 een Lid 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 art. 6 GMH is er geen bezwaar om kortingen te verlenen aan zorginstellingen, ook indien een derde partij als tussenpersoon daarbij wordt ingeschakeld.

Het door een Leverancier aan een tussenpersoon betalen van een vergoeding van 3% van de totaal gerealiseerde omzet van producten en diensten voor bepaalde diensten valt uitsluitend onder de GMH, indien deze vergoeding geheel of gedeeltelijk ten goede komt aan zorginstellingen die aangesloten zijn bij deze tussenpersoon. Indien dat het geval is, moet deze vergoeding voldoen aan de eisen die art. 13 GMH aan dienstverlening stelt.

Den Haag, 21 juli 2016

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

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