

Advies 19.04 – Driepartijenovereenkomst (leverancier/instelling/inkooporganisatie)

Aan de Codecommissie van de stichting Gedragscode Medische Hulpmiddelen (de Codecommissie) is op grond van art. 37 van het Reglement van de Codecommissie en Commissie van Beroep door een koepelorganisatie van leveranciers van medische hulpmiddelen verzocht advies uit te brengen omtrent de toelaatbaarheid onder de Gedragscode Medische Hulpmiddelen (GMH Code) van een samenstel van overeenkomsten tussen een leverancier van medische hulpmiddelen, een ziekenhuis en een derde partij, mede in het licht van het feit dat het aanvaarden van de overeenkomst met de derde partij als *knock out* criterium is opgenomen in de selectieprocedure voor leveranciers van medische hulpmiddelen.

Achtergrondinformatie

Een ziekenhuis hanteert bij de inkoop van medische hulpmiddelen de volgende constructie. Via een offerteprocedure wordt een leverancier van medische hulpmiddelen geselecteerd. Tussen het ziekenhuis en de geselecteerde leverancier komt een overeenkomst tot stand op grond waarvan het ziekenhuis gedurende een bepaalde periode bepaalde medische hulpmiddelen van de leverancier zal afnemen (overeenkomst A).

De feitelijke inkoop van die hulpmiddelen heeft het ziekenhuis in een overeenkomst van opdracht (overeenkomst B) uitbesteed aan een derde partij, een inkoopadviesbureau dat kennelijk namens het ziekenhuis optreedt. Uit de adviesaanvraag is af te leiden dat het inkoopadviesbureau de inkoopfunctie voor het ziekenhuis vervult. Het is de bedoeling dat dit inkoopadviesbureau voor de werkzaamheden die daarmee samenhangen van de leverancier een vergoeding ontvangt die gelijk is aan 2% van de totale omzet aan hulpmiddelen die door de leverancier in het kader van overeenkomst A aan het ziekenhuis worden geleverd.

De afspraken over de wijze van berekening, facturering en betaling door de leverancier aan de derde partij zijn vastgelegd in een separate overeenkomst (overeenkomst C), waarbij de leverancier, het inkoopadviesbureau en het ziekenhuis partij zijn. Het accepteren van overeenkomst C is een knock-out criterium in de offerteprocedure van het ziekenhuis. Anders gezegd, leveranciers die overeenkomst C – en daarmee de afspraak dat zij 2% van hun omzet dienen af te dragen aan het inkoopadviesbureau als vergoeding voor de werkzaamheden in het kader van de inkoop van de hulpmiddelen – niet accepteren, komen niet in aanmerking voor het afsluiten van overeenkomst A op grond waarvan zij gedurende een bepaalde periode hulpmiddelen kunnen leveren aan het ziekenhuis.

In het kader van de offerteprocedure voor de gunning van overeenkomst A zijn vragen gesteld over de toelaatbaarheid van het knock-out criterium in het licht van de GMH Code, art. 10h WMH en paragraaf 3.2.2 Beleidsregels Gunstbetoon WMH. Voor zover het de toelaatbaarheid onder de GMH Code betreft is met verwijzing naar de adviezen A16.01 en A16.02 gevraagd of de opzet van de driepartijenovereenkomst wel toelaatbaar is omdat het inkoopadviesbureau geen vergoeding voor

de werkzaamheden krijgt op uurbasis, maar in de vorm van een percentage van de omzet. Het ziekenhuis heeft hierop geantwoord dat het op grond van art. 6 GMH geen bezwaar is om bonussen en kortingen te verlenen in diverse vormen, zoals een percentage of een vast bedrag. De door een leverancier aan een inkoopadviesbureau te betalen vergoeding van 2% van de totaal gerealiseerde omzet valt volgens het ziekenhuis uitsluitend onder de GMH Code 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. Aangezien de vergoeding niet ten goede komt aan de zorginstelling via de driepartijenovereenkomst, hoeft er aan art. 13 GMH niet te worden voldaan, aldus het ziekenhuis.

In deze adviesaanvraag legt de aanvrager van het advies – kort samengevat – de volgende vragen voor aan de Codecommissie:

1. Klopt het hiervoor verwoorde antwoord van het ziekenhuis?
2. Mag het ziekenhuis een derde partij inzetten om geld te verdienen aan de transactie tussen de leverancier en het ziekenhuis als die derde partij én geen diensten verleent én die vergoeding niet doorgeeft aan het ziekenhuis. Is dit in strijd met art. 6 lid 3 of enige andere bepaling in de GMH Code?
3. Staat de GMH Code toe dat de totstandkoming van een handelstransactie wordt gekoppeld aan het aanbieden of in het vooruitzicht stellen respectievelijk vragen of aannemen van financiële voordelen ten gunste van (rechts)personen, die niet rechtstreeks partij zijn bij de handelstransactie dan wel rechtstreeks betrokken zijn bij de distributie of aflevering van de medische hulpmiddelen?

Toepasselijkheid van de GMH Code

Allereerst komt de vraag aan de orde of de GMH Code van toepassing is.

Overeenkomst A is een overeenkomst tussen een leverancier van medische hulpmiddelen in de zin van art. 1 onder d GMH Code en een instelling in de zin van art. 1 onder c GMH Code. Overeenkomst B is een overeenkomst tussen een zorginstelling en een derde partij. Bij overeenkomst C zijn drie partijen betrokken, een leverancier van medische hulpmiddelen in de zin van art. 1 onder d GMH Code, een instelling in de zin van art. 1 onder c GMH Code en een derde, door de instelling ingeschakelde partij. Er is grote onderlinge samenhang tussen de drie overeenkomsten.

De GMH Code is derhalve van toepassing.

Beoordeling van de adviesaanvraag

Voor de beoordeling van deze adviesaanvraag wijst de voorzitter van de Codecommissie allereerst naar de lijnen, die zijn uitgezet in twee eerdere adviezen met betrekking tot een enigszins vergelijkbare casuïstiek (A16.01 en A16.02). Uit deze adviezen volgt dat – indien bij de inkoop van hulpmiddelen door instellingen een derde partij wordt ingeschakeld – zorgvuldig gekeken dient te worden *wat er gebeurt* met kortingen die door deze derde partij worden geïnd en *aan welke partij* zij ten goede komen. Dit is essentieel om te kunnen beoordelen of getoetst dient te worden aan de bepalingen over bonussen en kortingen, zoals vastgelegd in art. 6 GMH Code of aan de voorschriften over de vergoeding voor dienstverlening, zoals bedoeld in art. 13 GMH.

Mede gelet op de verwijzing naar deze adviezen in vraag 1 van de adviesaanvraag, is hieronder allereerst de strekking van A16.01 en A16.02 kort samengevat.

In A16.01 heeft de voorzitter vastgesteld dat art. 6 GMH Code 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 ook in dit geval moet gaan om “maatregelen of handelspraktijken inzake prijzen, marges en kortingen die verband houden met een handelstransactie.”

Handelskortingen 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.

Op grond van het derde lid van art. 6 GMH Code 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. De voorzitter heeft vastgesteld dat dit artikel uitsluitend van toepassing is indien en voor zover art. 6 van toepassing is. Art. 6 lid 3 is opgenomen om te voorkomen dat de gedragscode wordt omzeild door betalingen aan derde partijen.

In A16.01 stelde de voorzitter vast dat een deel van de door de derde partij bedongen bonussen en kortingen kon worden aangemerkt als bonussen en kortingen die verband houden met een handelstransactie, die uiteindelijk ten goede kwamen aan de (rechts)personen die rechtstreeks partij zijn bij die handelstransactie. De bedongen kortingspercentages werden volledig door de derde partij aan de ziekenhuizen uitgekeerd en daarmee werd in alle opzichten voldaan aan de voorwaarden van art. 6 GMH Code.

In aanvulling hierop was echter ook nog sprake van een vergoeding/bonus ter hoogte van 1% over de gerealiseerde netto-omzet, die door de leverancier aan de derde partij betaald moest worden voor de mogelijkheid zich als potentiële leverancier te profileren en bij het ziekenhuis “binnen te mogen komen”. Deze korting, die uiteindelijk ook aan het ziekenhuis werd doorgegeven, werd door de voorzitter niet beschouwd als een korting of bonus zoals bedoeld in art. 6 GMH Code, maar als betaling voor een dienst in de zin van art. 13 GMH Code. Het betalen voor het verrichten van diensten van zorgprofessionals is uitsluitend toegestaan indien en voor zover wordt voldaan aan de voorwaarden die door art. 13 GMH Code aan dienstverlening worden gesteld. Dit betekent onder meer dat moet worden 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 art. 13 GMH Code 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.

A16.02 betreft een variant op A16.01. In dit geval onderhandelt de inkooporganisatie met leveranciers van medische hulpmiddelen om inkoopvolumes te bundelen en zo ten behoeve van aangesloten instellingen betere prijzen en voorwaarden te bedingen. Als compensatie voor de inspanningen zijn leveranciers een vergoeding van 3% over de totaal gerealiseerde omzet van producten en diensten verschuldigd aan de inkooporganisatie, waarbij niet duidelijk is of dit bedrag uiteindelijk aan de deelnemende ziekenhuizen wordt doorgegeven. Als de vergoeding niet wordt doorgegeven, is er volgens de Codecommissie 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 de inkooporganisatie. Als de vergoeding wel (geheel of gedeeltelijk) ten goede komt aan zorginstellingen die aangesloten zijn bij de inkooporganisatie, is volgens de Codecommissie sprake van een vergoeding voor dienstverlening en moet voldaan worden aan de eisen van art. 13 GMH Code.

Voor de vragen in de onderhavige adviesaanvraag betekent dit het volgende. De constructie van A19.04 komt er in essentie op neer dat leveranciers van medische hulpmiddelen – om in aanmerking te komen voor de levering van hulpmiddelen aan een ziekenhuis – zich verplichten 2% van hun totale omzet aan geleverde hulpmiddelen af te dragen aan een door het ziekenhuis ingeschakelde derde partij, die de feitelijke inkoop van die hulpmiddelen van het ziekenhuis overneemt.

De betaling van deze 2% geldt als vergoeding voor de werkzaamheden die de derde partij voor het ziekenhuis verricht in de kader van de inkoop van hulpmiddelen. In plaats van deze werkzaamheden zelf uit te voeren, schakelt het ziekenhuis daarvoor een derde partij in en de ‘rekening’ van die inschakeling wordt neergelegd bij de geselecteerde leverancier, die zich moet verplichten een omzet gerelateerd percentage aan de derde partij af te dragen. Niet het ziekenhuis betaalt de rekening van de uitbesteding van de inkoopactiviteiten aan een derde partij, maar de leverancier.

De GMH Code verbiedt de voorgelegde constructie niet. Er wordt voldaan aan de cumulatieve eisen van art. 6 GMH Code in die zin dat:

1. sprake is van kortingen in geld;
2. de afspraken over het percentage van 2% schriftelijk zijn vastgelegd in overeenkomst C, en
3. de derde partij inkoopt namens het ziekenhuis en daarmee kan worden beschouwd als een partij die rechtstreeks betrokken is bij handelstransacties waarop de korting betrekking heeft.

De voorzitter benadrukt in dit verband echter wel het uitgangspunt van transparantie dat aan de GMH Code ten grondslag ligt. Hieraan wordt tot op zekere hoogte voldaan; de afspraken over het door de leverancier aan de derde partij te betalen percentage van 2% zijn immers vastgelegd in een door de drie betrokken partijen ondertekende overeenkomst. Aangezien deze vergoeding geldt ter dekking van inkoopkosten die anders door het ziekenhuis zelf gemaakt zouden worden, acht de voorzitter het wenselijk dat het ziekenhuis zowel over de hoogte van deze vergoeding als over de betaling ervan wordt geïnformeerd. Op deze wijze wordt ook transparant welke feitelijke geldstromen er in het kader van de driepartijenovereenkomst zijn. Het past binnen de strekking van de GMH dat de derde partij een afschrift van elke factuur aan de leverancier uit hoofde van de driepartijenovereenkomst gelijktijdig aan het ziekenhuis stuurt.

Conclusie

In het licht van het bovenstaande komt de voorzitter van de Codecommissie tot de conclusie dat het voormelde samenstel van overeenkomsten tussen leverancier, ziekenhuis en derde partij (inkoopadviesbureau) onder art. 6 GMH is toegestaan, nu de door de leverancier aan het inkoopadviesbureau te betalen vergoeding uitsluitend ten goede komt aan dat bureau, mits voldaan is aan het transparantievereiste, in dier voege dat de afspraak over die vergoeding niet alleen schriftelijk moet zijn vastgelegd in een door de drie partijen te ondertekenen overeenkomst, maar ook het ziekenhuis telkens onverwijld afschrift verkrijgt van de door het inkoopadviesbureau aan de leverancier gefactureerde bedragen, c.q. de door de leverancier aan het inkoopadviesbureau afgedragen bedragen.

Den Haag, 6 februari 2020

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