

De ontwikkeling van NZa-beleid inzake aanmerkelijke marktmacht in de zorg

Mr. Y.A. Maasdam



De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) heeft in december 2006 het consultatiedocument 'aanmerkelijke marktmacht' (hierna: 'consultatiedocument AMM') vastgesteld. Het consultatiedocument AMM verschaft inzicht op welke wijze de NZa het AMM-instrument zal inzetten om te trachten de daadwerkelijke mededinging te bewerkstelligen in sectoren waarin partijen met marktmacht de ontwikkeling van marktwerking frustreren of blokkeren. In dit artikel zal eerst worden ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van het AMM-instrument en de wijze waarop de NZa daarmee omgaat. Vervolgens wordt stilgestaan bij de definitie van AMM en de verdere invulling die de NZa daaraan geeft. Daarna wordt de voorgestelde werkwijze van de NZa voor de vaststelling van AMM geschetst en de prioriteiten die de NZa daarbij zal gaan hanteren, gevolgd door een kritische beschouwing. Tot slot wordt nog kort ingegaan op de verhouding tussen het algemene mededingingsrecht waarop de NMa toezicht houdt en het AMM-instrument dat de NZa kan inzetten bij haar toezicht op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg.

Achtergrond

De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) vormt het sluitstuk van een reeks wetten die gezamenlijk het nieuwe zorgstelsel vormgeven. De Wmg is op 1 oktober 2006 in werking getreden.² De Wmg heeft als doel het nieuwe sturingsconcept, namelijk gereguleerde marktwerking, verder vorm te geven. In plaats van centrale aanbodsturing moet de markt worden gestuurd vanuit de vraagzijde, waarbij als randvoorwaarde is gesteld dat de publieke belangen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit gewaarborgd blijven. Dus marktwerking waar mogelijk, regulering waar nodig.³

De Wmg brengt een aantal bestaande instru-

menten bij elkaar, deels in een nieuwe vorm, en voegt enkele nieuwe instrumenten toe aan de gereedschapskist van de overheid. De bestaande instrumenten zijn er vooral om te bewaken dat de consument krijgt waar hij recht op heeft, om niet (volledig) gedereguleerde deelmarkten te ordenen en om de betaalbaarheid van de gezondheidszorg als geheel in goede banen te leiden. Eén van de nieuwe instrumenten is de bevoegdheid van de NZa om vast te stellen of een zorgaanbieder of zorgverzekeraar op een bepaalde relevante markt in de zorgsector beschikt over AMM. Indien dit het geval is dan kan de NZa aan een dergelijke marktspeeler op basis van artikel 48 Wmg passende verplichtingen opleggen om zijn gedrag te disciplineren.

- ¹ Beschikbaar op de website van de NZa, www.nza.nl. Zie voor een bespreking van het consultatiedocument AMM ook W. Sauter, 'Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg'; M&M 2007, nr. 1 (februari), pp. 3 – 11.
- ² Stb. 2006, 432.
- ³ Zie voor een uitvoerige beschrijving van de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van de Wmg mr. Y.A. Maasdam en prof. mr. G.W.A. van de Meent, 'Tekst en toelichting Wet marktordening gezondheidszorg, Editie 2007/2008', Sdu uitgevers. Zie ook W.T. Algera en J.J.M. Sluijs, 'Marktordening in de gezondheidszorg', SEW 2007, 5, pp. 177 – 190.

Doel AMM-instrument

Het doel van het opleggen van verplichtingen bij AMM is om een gelijk speelveld te creëren. Als er namelijk sprake is van AMM van een verzekeraar of aanbieder op een bepaalde markt, dan bestaat de kans dat er op die markt de gewenste ontwikkeling naar daadwerkelijke concurrentie in gevaar is. Immers, het gedrag van een dergelijke onderneming wordt niet gedisciplineerd door concurrentie of afnemersmacht van andere marktpartijen. Als één van de voorbeelden van de potentiële negatieve effecten van AMM noemt de NZa een ziekenhuis met AMM die aan een bepaalde zorgverzekeraar alleen nog niet geliberaliseerde zorg (zoals hartoperaties) wil leveren als deze zorgverzekeraar ook geliberaliseerde zorg (bijvoorbeeld knieoperaties) exclusief wil afnemen bij dit ziekenhuis (koppelverkoop). Concurrerende aanbieders van geliberaliseerde zorg kunnen zo uitgesloten worden van de markt voor bijvoorbeeld het aanbieden van knieoperaties. De NZa benadrukt wel dat het inzetten van het AMM-instrument alléén niet voldoende is om daadwerkelijke mededinging tot stand te brengen in markten die zich in een overgangsfase bevinden tussen (volledige) regulering en (zo veel mogelijk) liberalisering. Hiertoe zal het AMM-instrument in samenhang met – en vooral in aanvulling op – de algemene verplichtingen worden toegepast.⁴

Reikwijdte AMM-instrument

Een belangrijke wijziging die is aangebracht in het oorspronkelijke wetsvoorstel is de uitbreiding van het toepassingsbereik van het AMM-instrument. Het was de bedoeling van de Minister van VWS om de NZa enkel dit instrument te geven om in te zetten op de zorginkoopmarkt en dan alleen op deelmarkten waar sprake is

van vrije tarieven (volledig geliberaliseerde markten). De Tweede Kamer was het hier niet mee eens en heeft middels de aanneming van een amendement van de PvdA-fractie het toepassingsgebied van het instrument van aanmerkelijke marktmacht fors uitgebreid.⁵ De NZa kan niet alleen het instrument inzetten op de zorginkoopmarkt, maar ook op de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt. Bovendien kan de NZa het instrument inzetten op alle deelmarkten, dus ook op deelmarkten die nog volledig gereguleerd zijn.

In het consultatiedocument AMM geeft de NZa dat zij, ondanks deze brede bevoegdheid, het AMM-instrument niet over de volle breedte van de zorginkoopmarkt, de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt zal gaan inzetten. Het instrument zal altijd proportioneel moeten worden aangewend (artikel 48, lid 3 Wmg) en zo doelmatig mogelijk moeten worden ingezet, dus op basis van duidelijke prioriteiten. De NZa zal alleen een AMM beoordeling (ambtshalve) maken in die gevallen waarin een risicoanalyse aangeeft dat er problemen te verwachten zijn met betrekking tot de ontwikkeling van de daadwerkelijke mededinging op een bepaalde markt. In een dergelijke risicoanalyse worden ook de prioriteiten van de NZa meegewogen. De NZa zal dergelijke risicoanalyses uitvoeren op grond van de informatie die beschikbaar komt uit de monitors van de verschillende zorgmarkten.⁶ Daarnaast kan de NZa een AMM onderzoek openen als daartoe aanleiding bestaat op basis van een klacht of melding. De NZa geeft helaas niet aan op welke wijze zij met dergelijke klachten of meldingen om zal gaan in het consultatiedocument. Het ligt voor de hand dat de NZa daarbij eveneens de door haar geformuleerde prioriteiten laat meewegen.

⁴ Consultatiedocument AMM, p. 12.

⁵ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 186, nr. 23.

⁶ Consultatiedocument AMM, p. 24/25.

Definitie van het AMM-instrument

Definitie

Wanneer beschikt een zorgaanbieder of zorgverzekeraar over aanmerkelijke marktmacht?

Volgens artikel 47 Wmg is er sprake van aanmerkelijke marktmacht als een zorgaanbieder of zorgverzekeraar zich onafhankelijk van andere marktpartijen kan gedragen, zonder dat hij daar echt nadeel van heeft. Deze definitie sluit aan bij de definitie van het begrip 'economische machtspositie' zoals door het Hof van Justitie EG vastgesteld in haar jurisprudentie over het reguliere mededingingsrecht.⁷ Volgens deze jurisprudentie hebben ondernemingen een economische machtspositie: 'wanneer zij de mogelijkheid hebben tot onafhankelijk gedrag, dat hen in staat stelt te handelen zonder in aanzienlijke mate rekening te hoeven houden met concurrenten, afnemers of leveranciers'.

Verskil tussen verkoopmacht en inkoopmacht bij risicoanalyse

Uitgangspunt is dat ondernemingen met een marktaandeel van 55% of meer op de relevante markt geacht worden zich onafhankelijk van de markt te kunnen gedragen en dus aanmerkelijke marktmacht te hebben, door de onderneming te bewijzen uitzonderingen daargelaten. In die gevallen kan de NZa besluiten verplichtingen op te leggen. De NZa wil echter een verschil in behandeling van inkoopmacht en verkoopmacht gaan hanteren, met name ten aanzien van de marktaandeedrempels.

Aan de inkoopzijde van de markt zal de NZa een onderzoek naar AMM instellen als het

inkooptaandeel van de zorgverzekeraar boven de 70% ligt en de marktaandelen van individuele leveranciers lager zijn dan 25%. Ook moet de zorgverzekeraar over een relatief sterke positie op de zorgverzekeringsmarkt beschikken.⁸ Bij een marktaandeel van een zorgverzekeraar onder de 70% maar boven de 55% op de inkoopmarkt, of bij een marktaandeel boven de 70% op de inkoopmarkt maar een laag marktaandeel op de zorgverzekeringsmarkt, zal de NZa pas een onderzoek instellen als er meer indicaties zijn van AMM, zoals bijvoorbeeld het gebruik van exclusiviteitsbedingen opgelegd aan zorgaanbieders.⁹

Aan de verkoopzijde van de markt zal de NZa reeds overgaan tot het instellen van een AMM-onderzoek als een zorgaanbieder een marktaandeel heeft van meer dan 55% op de relevante markt, terwijl het individuele inkooptaandeel van de zorgverzekeraar onder de 25% ligt. Bij marktaandelen onder de 55% maar boven de 25% van een zorgaanbieder, zal de NZa pas een onderzoek instellen bij gedragingen die doorgaans wijzen op het bestaan van AMM, zoals prijsstijgingen die niet gerelateerd zijn aan kostenstijgingen, exclusieve afspraken of koppelverkoop.

De NZa geeft als reden voor deze benadering dat verkoopmacht meer risico's kent dan inkoopmacht, omdat juist beoogd wordt dat inkopers druk uitoefenen op verkopers van zorg om daarmee de betaalbaarheid te bewaren. Zo kan een zorgverzekeraar op bepaalde regionale markten bijvoorbeeld een dominante inkoper zijn, terwijl achterliggende verzekeringsmarkt

7 HvJ EG 14 december 1978, United Brands, zaak 26/76, Jurispr. 1978, p. 207, r.o. 65.

8 Consultatiedocument AMM, p. 45. Uit de beschikkingspraktijk van de NMa en het Visiedocument Inkoopmacht (december 2004) van de NMa blijkt dat de NMa er ook vanuit gaat dat er mededingingrechtelijke problemen kunnen ontstaan als er sprake is van grote marktaandelen aan de inkoopzijde en kleine leveranciers, alsmede een machtige positie op de eigen downstream-markt. Anders dan de NZa, heeft de NMa echter geen marktaandeedrempels genoemd waarneer zij potentiële inkoopmacht aanwezig acht.

9 Consultatiedocument AMM, p. 45.

voldoende concurrerend is. In dat geval gaat de NZa ervan uit dat deze verzekeraar de voordelen die zij bereikt door het gebruik van haar inkoopmacht doorgeeft aan haar verzekerden vanwege de concurrentiedruk op de zorgverzekeringsmarkt. Derhalve zal de NZa inkoopmacht van zorgverzekeraars niet prioritair aanpakken, mits er voldoende concurrentie is op de zorgverzekeringsmarkt waarop de betrokken zorgverzekeraar actief is.¹⁰

NZa-methode voor het bepalen van AMM

De NZa beschrijft in het consultatiedocument drie stappen voor bij het inzetten van het AMM-instrument: (i) een risicoanalyse; (ii) een formele marktafbakening en individuele AMM-bepaling; en (iii) het opleggen van passende verplichtingen. Hierna wordt kort ingegaan op deze drie onderdelen.

Risicoanalyse

Zoals gezegd geeft de NZa in het consultatiedocument AMM aan dat zij het AMM-instrument niet over de volle breedte van de zorginkoopmarkt, de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt zal gaan inzetten. Het instrument zal altijd proportioneel moeten worden aangevend en zo doelmatig mogelijk moeten worden ingezet, dus op basis van duidelijke prioriteiten. De NZa zal alleen een AMM beoordeling (ambtshalve) maken in die gevallen waarin een risicoanalyse aangeeft dat er problemen te verwachten zijn met betrekking tot de ontwikkeling van de daadwerkelijke mededinging op een bepaalde markt. In een dergelijke risicoanalyse worden ook de prioriteiten van de NZa meegewogen.

Concreet zal de NZa het opstarten van een AMM-analyse beperken tot gevallen waar:

- hoge en aanhoudende toetredingsdrempels bestaan; of
- een dynamische marktontwikkeling naar daadwerkelijke concurrentie ontbreekt; en
- algemene verplichtingen niet volstaan om het geconstateerde marktfalen op te lossen.¹¹

Marktafbakening

Marktafbakening is een essentieel onderdeel van de AMM-analyse, aangezien alleen op die wijze inzicht kan worden verkregen in de concurrentieverhoudingen in het specifieke geval. Daarbij kan de NZa gebruik maken van het werk dat de NMa op dit gebied al heeft verricht. Niettemin zal marktafbakening vaak intensief onderzoek vergen, bijvoorbeeld rond substitueerbaarheid van producten. Zo kan de afbakening van productmarkten al naar gelang de voorliggende casus variëren van “ziekenhuiszorg” in den brede tot individuele (clusters van) dbc’s. Per cluster moet dan eerst de productmarkt afgebakend worden en vervolgens, per productmarkt, de geografische markt.

De NZa spreekt in het consultatiedocument de verwachting uit dat het zwaartepunt van de analyse veelal zal liggen op de afbakening van de geografische markt, aangezien binnen de productmarkten in de zorg de mogelijkheden van consumenten voor vraagsubstitutie vaak beperkt zijn.¹² Uit de ervaringen van de NMa blijkt dat de afbakening van de geografische markt in veel gevallen bijzonder ingewikkeld is. Dit heeft te maken met factoren als ontkoppeling tussen zorgvraag en betaling, productdif-

¹⁰ Consultatiedocument AMM, p. 16.

¹¹ Consultatiedocument AMM, p. 37. Deze criteria zijn in grote lijnen ontleend aan de Europese regelgeving met betrekking tot aanmerkelijke marktmacht in de elektronische communicatiesector.

¹² De NZa verwijst daarbij naar het besluit van de NMa in zaak 3897/ Ziekenhuis Hilversum – Ziekenhuis Gooi-Noord van 8 juni 2005. De NZa verwacht dat dit wellicht minder het geval zal zijn voor de langdurige zorg (care) waar mogelijk meer sprake is van aanbodsstitutie, bijvoorbeeld tussen intramurale en extramurale zorg.

ferentiatie, asymmetrische informatie, toetreding- en uittredingsbarrières en zoekkosten.¹³ De NZa en de NMa hebben inmiddels gezamenlijk een drietal onderzoeken uitbesteed om de zogenaamde SSNIP-test¹⁴ voor de geografische afbakening van zorgmarkten te implementeren. De resultaten worden in het voorjaar 2007 verwacht en zullen door de NZa worden gebruikt in AMM-zaken.¹⁵

Overigens zal de NZa gebruik kunnen maken van het werk dat de NMa op het gebied van de afbakening van de relevante markt al heeft verricht. De beschikkingspraktijk van de NMa kan dus van wezenlijk belang worden bij de bepaling of zorgaanbieders of zorgverzekeraars beschikken over aanmerkelijke marktmacht. De NMa heeft inmiddels een redelijk omvangrijke beschikkingspraktijk op het gebied van de zorg. Daarbij valt op dat de NMa over het algemeen de markt redelijk eng afbakt, met name wat betreft de geografische omvang van de markt. In dit verband is ook van belang dat de omzetrempels voor de NMa-meldingsplicht bij fusies en overnames binnenkort tenminste zullen worden gehalveerd voor de zorgsector.¹⁶ Dit betekent dat de omvang van de beschikkingspraktijk van de NMa inzake concentratietoezicht in de zorgsector in de toekomst enorm zal toenemen, hetgeen ook tot precedentwerking zal leiden voor de marktafbakening inzake AMM.

Individuele AMM-bepaling

Na vaststelling van de relevante markt beoordeelt de NZa of een partij daadwerkelijk be-

schikt over AMM. De Memorie van Toelichting bij de Wmg specificeert de uitgangspunten ten aanzien van het marktaandeelcriterium.¹⁷

- Uitgangspunt is dat ondernemingen met een marktaandeel **van 55% of meer** op de relevante markt geacht worden zich onafhankelijk van de markt te kunnen gedragen en dus aanmerkelijke marktmacht te hebben, door de onderneming te bewijzen uitzonderingen daargelaten. Zoals al gezegd zal de NZa voor zorgverzekeraars die zorg inkopen een marktaandeel van 70% hanteren.
- Indien een marktpartij op een relevante markt **tussen 40 en 55%** marktaandeel heeft is het aannemelijk dat hij aanmerkelijke marktmacht heeft. Dit moet echter bevestigd worden door bijkomende factoren die een indicatie geven van de marktstructuur, zoals gegevens van relatieve marktaandelen van concurrenten op dezelfde relevante markt. Ook de structuur of het gedrag van de betrokken marktpartij hebben invloed op het oordeel of sprake is van aanmerkelijke marktmacht. Voorbeelden van bijkomende factoren zijn:
 - Relatief marktaandeel;
 - Omvang en financieel vermogen van de onderneming;
 - Commerciële voordelen (zoals een groot assortiment of een bekend merk);
 - Technische voordelen (vergunningen, octrooien, knowhow-licenties en auteursrechten).
- Aanbodfactoren (toetredingsdrempels)
- Ook marktpartijen met een marktaandeel **tussen 25 en 40%** kunnen door een combinatie van bijkomende factoren aanmerkelijke

¹³ Zie voor een overzicht van AMM en marktafbakening ook Clemijns Voogt en José Bijkerk, 'De Nederlandse Zorgautoriteit: goed geëquipeerd voor haar nieuwe rol', AM nummer 5, juni 2006, pp. 118-119.

¹⁴ SSNIP staat voor 'Small but Significant Non-transitory Increase in Price'. Het idee achter de SSNIP-test is om te beginnen bij de kleinst mogelijke markt en vervolgens de vraag te stellen of een hypothetische monopolist op deze markt in staat is om op een winstgevend manier de prijzen met 5-10% te verhogen.

¹⁵ Papers over dit onderwerp worden gepubliceerd op www.nza.nl.

¹⁶ Zie *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 071, C, p. 3. De daartoe strekkende AmvB is inmiddels ter advisering aan de Raad van State gestuurd.

¹⁷ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 19-20.

marktmacht hebben, ongevoelig zijn voor concurrentie en zo de ontwikkeling van de markt belemmeren. Zo kan marktmacht samenhangen met specifieke machtsinstrumenten zoals de toegang tot bepaalde essentiële voorzieningen.

- Indien een marktpartij **minder dan 25%** marktaandeel heeft op een relevante markt dan is het onwaarschijnlijk dat die partij zich onafhankelijk van de markt kan gedragen.

Mededingingsbeperkingen

Naast het marktaandeelcriterium en de analyse van de marktstructuur zal de NZa ook kijken naar de potentiële mededingingsproblemen die kunnen voortvloeien uit een AMM-situatie. Dit is met name van belang om te kunnen bepalen welke verplichtingen proportioneel zijn. De rechter zal immers toetsen of de NZa is ingegaan op de mogelijkheden en prikkels die de AMM-partij heeft om de mededinging te beperken en op de verwachte maatschappelijke gevolgen daarvan.

De NZa constateert kort gezegd dat AMM bestaan uit inkoopmacht, verkoopmacht of een combinatie van beiden en kan leiden tot uitsluiting (van concurrenten) of uitbuiting (van consumenten) of een combinatie van beiden. Anders geformuleerd zal de NZa ingaan op:

- de effecten op de mededinging en
- de maatschappelijke gevolgen, te weten de gevolgen voor het algemeen consumentenbelang in termen van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid.

Proportionele verplichtingen

Als de NZa tot de conclusie komt dat een onderneming met aanmerkelijke marktmacht de ontwikkeling van de concurrentie op een markt belemmerd dan kan hij bepaalde verplichtingen aan die onderneming opleggen. De belangrijkste zijn:

- verplichting tot bekendmaking van bepaalde

informatie aan bepaalde belanghebbenden (transparantieplichting). Denk bijvoorbeeld aan de verplichting dat een ziektekostenverzekeraar met aanmerkelijke marktmacht informatie moet publiceren omtrent zijn aanbestedingsprocedure in het kader van de zorginkoop;

- verplichting om afnemers van bepaalde diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen (non-discriminatieplichting);
- verplichting om bepaalde diensten niet gekoppeld te leveren (verbod op koppelverkoop);
- verplichting om een gescheiden boekhouding te voeren voor bepaalde diensten (verbod op kruissubsidiëring);
- verplichting om te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgaanbieder of zorgverzekeraar om een overeenkomst te sluiten (contracteerplicht);
- verplichting dat een verzekeraar geen onredelijk hoge capaciteit reserveert bij een zorgaanbieder;
- de verplichting voor een essentiële zorgaanbieder om voorwaarden bekend te maken waarvan eenieder op aanvraag gebruik kan maken;
- verplichting om de tarieven vast te stellen van bepaalde diensten overeenkomstig een door de NZa te bepalen berekeningsmethode (regulering van tarieven).

De NZa neemt bij het opleggen van verplichtingen de eisen van proportionaliteit in acht. Dat wil zeggen dat de opgelegde verplichtingen naar aard en inhoud moeten passen bij de geconstateerde specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin. Een verplichting mag ook niet langer gelden dan nodig is. De wet noemt een termijn van ten hoogste drie jaar, waarna opnieuw moet worden bezien of en zo ja, welke verplichtingen nodig zijn. Indien eventueel achteraf de marktontwikkeling anders blijkt uit te pakken dan in de analyse van de

NZa ten tijde van het opleggen van de verplichtingen is gemaakt, betekent dat niet dat de analyse van aanmerkelijke marktmacht door de NZa verkeerd is geweest.

Zware bewijslast NZa

Er is bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel uitgebreid gediscussieerd of in de wet zelf niet zou moeten worden opgenomen wanneer een marktpartij beschikt over aanmerkelijke marktmacht. De PvdA-fractie had daartoe een amendement ingediend inhoudende dat bij algemene maatregel van bestuur de factoren en criteria worden aangewezen die bepalend zijn voor het beschikken over aanmerkelijke marktmacht. Uitgangspunt zou daarbij moeten zijn dat via een vaste marktaandeeldrempel (25%) komt vast te staan dat een marktpartij geacht wordt over aanmerkelijke marktmacht te beschikken, door de onderneming te bewijzen uitzonderingen daargelaten.¹⁸ Dit mede ter voorkoming van langlopende juridische procedures. De Minister van VWS heeft aanneming van het amendement afgeraden. Hij wees daarbij op het feit dat net als in het mededingingsrecht het marktaandeel slechts dient als indicatie voor aanmerkelijke marktmacht. Naast het marktaandeel spelen bij de vaststelling van aanmerkelijke marktmacht ook andere factoren een rol, bijvoorbeeld de bestaande structuur van de markt, toetredingsdrempels en afnemersmacht. Marktmacht moet derhalve altijd worden afgeleid uit een combinatie van factoren. Het is nooit uit te sluiten dat procedures van de NZa om aanmerkelijke marktmacht vast te stellen, gepaard zullen gaan met juridische procedures.¹⁹

Gelet op de zware bewijslast die de Wmg oplegt aan de NZa bestaat het risico dat de besluitvorming van de NZa aanzienlijk zal worden bemoeilijkt en vertraagd. Ondernemingen zullen immers geneigd zijn om onwelgevallige besluiten van de NZa via de rechter aan te vechten. Het ligt derhalve in de lijn der verwachtingen dat de inzet van het instrument aanmerkelijke marktmacht gepaard zal gaan met langdurige juridische procedures, een risico waar de Minister overigens bewust voor heeft gekozen.²⁰

Prioriteiten

In het consultatiedocument geeft de NZa aan welke prioriteiten zij zal gaan hanteren bij de inzet van het AMM-instrument. Bij de risicoanalyse en de daarop volgende uitvoerige AMM-analyse zal de NZa de volgende prioritetingscriteria hanteren:

- **Algemeen consumentenbelang staat voorop:** voordat wordt ingegrepen moeten (merkbare) negatieve gevolgen worden verwacht voor het algemene consumentenbelang, in termen van toegankelijkheid, kwaliteit of betaalbaarheid.
- **Verkoopmacht kent meer risico's dan inkoopmacht:** de NZa ziet verkoopmacht als meer risicovol dan inkoopmacht, omdat juist beoogd wordt dat inkopers druk uitoefenen op verkopers van zorg om daarmee de betaalbaarheid te bewaren. Zo kan een zorgverzekeraar op bepaalde regionale markten bijvoorbeeld een dominante inkoper zijn, terwijl achterliggende verzekeringsmarkt voldoende concurrerend is. In dat geval gaat de NZa ervan uit dat deze verzekeraar de voordelen die zij bereikt door het gebruik van

¹⁸ Kamerstukken II, 2005/06, 30 186, nr. 24.

¹⁹ Kamerstukken I, 2005/06, 30 186, D, p. 18/19.

²⁰ Zie ook K.D. Meersma en I.W. Verloren van Themaat, 'Het wetsvoorstel Marktordening Gezondheidszorg', Njb 11 november 2005, afl. 40, p. 2087.

haar inkoopmacht doorgeeft aan haar verzekeren vanwege de concurrentiedruk op de zorgverzekeringsmarkt. Derhalve zal de NZa inkoopmacht van zorgverzekeraars niet prioritair aanpakken, mits er voldoende concurrentie is op de zorgverzekeringsmarkt waarop de betrokken zorgverzekeraar actief is. Verkoopmacht op de zorgverzekeringsmarkt kan immers ook leiden tot uitbuiting van de consument waaronder begrepen verschraling van het zorgaanbod. Bij verkoopmacht zal de NZa in het bijzonder aandacht schenken aan zorgaanbieders die verticaal en/of horizontaal geïntegreerd zijn en daarmee de mogelijkheid hebben om AMM in gereguleerde markten over te hevelen naar geliberaliseerde markten (zgn. hefboomeffect). Dit lijkt tot extra aandacht voor rooftprijzen, getrouwheidskortingen en koppelverkoop met uitsluitende effecten.

- **Uitsluiting heeft voorrang boven uitbuiting:** volgens de NZa zijn uitsluitingseffecten van concurrenten bijzonder risicovol. Waar concurrentie tekort schiet kunnen consumenten worden uitgebuit. Door uitsluitingseffecten tegen te gaan, wordt de effectieve mededinging direct bevorderd. Volgens de NZa leidt tot een meer fundamentele oplossing van uitbuitingsproblemen. Dus ook daar waar uitbuiting plaatsvindt zal de NZa in de eerste plaats kijken hoe toetreding en concurrentie op de korts mogelijke termijn zodanig kan worden bevorderd zodat deze op natuurlijke wijze de uitbuiting opheffen. Direct ingrijpen in uitbuiting bijvoorbeeld door prijsregulering van een individuele marktpartij zal door de NZa met bijzondere terughoudendheid worden toegepast.²¹
- Discriminatie is wenselijk voor keuze en prijsdifferentiatie: de NZa zal tevens terug-

houdend zijn bij het optreden tegen discriminatie door verzekeraars als in kopers van zorg. Non-discriminatie verplichtingen die leiden tot een contracteerplicht of het niet kunnen belonen van efficiency – of kwaliteitsverschillen tussen aanbieders zijn eerder gericht op het beschermen van individuele marktpartijen, dan het beschermen van de ontwikkeling van concurrentie. De consument dient juist te kunnen kiezen uit een gedifferentieerd aanbod.

- Kruisverbanden (horizontaal of verticaal) tussen geliberaliseerde en gereguleerde markten zijn kwetsbaar: de NZa zal prioriteit geven aan het voorkomen dat partijen met AMM-posities op gereguleerde markten een AMM-positie verwerven of behouden op geliberaliseerde markten, bijvoorbeeld door koppelverkoop of kruissubsidies. Horizontale en/of verticale verbanden tussen markten waarop AMM-posities bestaan en andere markten worden daarom scherp in de gaten gehouden. Hiermee wordt de vraagsturing door de consument op geliberaliseerde markten beschermd.

Consumentenbelang daadwerkelijk gediend?

De bescherming van de consument is door aanneming van een amendement van de CDA-fractie aangemerkt als één van de doelstellingen van de Wmg.²² De NZa dient bij de uitoefening van haar bevoegdheden nadrukkelijk het consumentenbelang voorop te stellen.

In het consultatiedocument '(In) het belang van de consument' heeft de NZa aangegeven hoe zij haar instrumentarium zal inzetten om bij te dragen aan een verbetering van de positie van

²¹ Naar ik aanneem zullen consumentenorganisaties en patiëntenverenigingen minder gelukkig zijn met deze keuze van de NZa. De reacties van stakeholders op het consultatiedocument zijn overigens nog niet gepubliceerd.

²² Kamerstukken II, 2005/06, 30 186, nr. 42.

de consument op zowel de vrije als geregeleerde markten.²³ Vanwege het feit dat de Wmg het begrip 'consumentenbelang' niet definieert heeft de NZa in het consultatiedocument dit begrip nader geconcretiseerd. De NZa zal bij haar markttoezicht en regulering van het algemeen consumentenbelang zal de NZa de samenhang van de publieke belangen toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid²⁴ centraal stellen. Daarbij wil de NZa de zelfredzaamheid van de zorgconsument versterken door borging van de transparantie, keuzevrijheid en rechtspositie van de consument. En op markten waar borging van voornoemde waarden wegens marktfalen niet voldoende is, zal de NZa ingrijpen onder meer met behulp van de inzet van het AMM-instrument.²⁵

Het is opmerkelijk dat de NZa nu juist géén prioriteit geeft aan de inzet van het AMM-instrument op de markten waarop de consument rechtstreeks actief is namelijk op de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt. Zoals gezegd geeft de NZa prioriteit aan de zorginkoopmarkt en legt in grote mate de rol van zorgregisseur bij de zorgverzekeraars, mede getuige het feit dat verkoopmacht (van zorgaanbieders) meer prioriteit krijgt dan inkoopmacht (van zorgverzekeraars). Het is echter de vraag of daarmee het consumentenbelang volledig gedekt en gediend is. De NZa denkt van wel. Zij gaat ervan uit dat de Zorgverzekeringwet voldoende waarborgen biedt om

de consument op de zorgverzekeringsmarkt te beschermen.²⁶ Zo hebben zorgverzekeraars een zorgplicht, een acceptatieplicht en is er een verbod op premiedifferentiatie. Bovendien zou er sprake zijn van een landelijke markt hetgeen zou garanderen dat de consument voldoende keuzemogelijkheden heeft.²⁷ Op de zorgverleningsmarkt zal vooral de zorgverzekeraar het belang van de consument moeten behartigen door een scherp inkoopbeleid te hanteren en selectief te contracteren. Vervolgens dienen de zorgverzekeraars de consumenten te stimuleren om naar de door hen geselecteerde aanbieders te gaan. Alleen dan worden volgens de NZa aanbieders geprikkeld om goede en betaalbare zorg te leveren die aan de wensen van de consument voldoet. Overigens heeft de NZa onlangs geconstateerd dat dit mechanisme nog onvoldoende werkt. In haar visiedocument '*Richting geven aan keuzes*' constateert de NZa onder meer, dat zorgverzekeraars nog weinig gebruik maken van selectieve contractering en dat verzekerden nog nauwelijks financieel geprikkeld worden om van een bepaalde aanbieder gebruik te maken.²⁸

Uit het visiedocument '*Richting geven aan keuzes*' van de NZa blijkt ook dat de consument zeer hecht aan de kwaliteit van de zorgaanbieder. En het belang van kwaliteit wordt groter, naarmate de ernst van de aandoening toeneemt.²⁹ En verzekeraars bieden niet of nauwelijks informatie omtrent de kwaliteit van (de

23 Beschikbaar op de website van de NZa, www.nza.nl. Inmiddels zijn de reacties gepubliceerd op de website van de NZa. Op basis van de reacties zal het consultatiedocument worden omgevormd tot een visiedocument.

24 Deze drie publieke belangen staan ook centraal in de Memorie van Toelichting op de Wmg, Kamerstukken II 2004/05, 30 186, nr. 3. Zie ook C.C. Meijer, 'De NZa – autoriteit in ontwikkeling', M&M 2006, nr. 6, p. 184.

25 Consultatiedocument '(In) belang van de consument', p. 17/18.

26 AMM-Consultatiedocument, p. 25/26.

27 Consumentenorganisaties zijn juist zeer kritisch over de positie van de consument op de zorgverzekeringsmarkt, met name over de transparantie op de markt. De NZa heeft op basis van deze signalen een transparantieonderzoek uitgevoerd hetgeen heeft geresulteerd in de vaststelling van de Richtsnoer Informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars en tussenpersonen 2007 (www.nza.nl).

28 Visiedocument '*Richting geven aan keuzes, kunnen verzekeraars consumenten stimuleren naar gecontracteerde voorkeursaanbieders te gaan?*', p. 28. (www.nza.nl).

29 Visiedocument '*Richting geven aan keuzes, kunnen verzekeraars consumenten stimuleren naar gecontracteerde voorkeursaanbieders te gaan?*', p. 8/9.

door hen gecontracteerde) zorgaanbieders.³⁰ Dit vormt de kern van de kritiek op de toedeling van een centrale regierol aan zorgverzekeraars. Voor zorgverzekeraars zullen bedrijfseconomische motieven namelijk sterker blijken dan kwaliteitsmotieven. De verzekeraar zou kunnen zeggen dat hij wel behandeling X wil financieren, maar niet behandeling Y die duurder maar ook beter is. En het is maar de vraag of de verzekerde met zijn premie zelf zijn zorg bepalen kan. Immers, de financiering van de zorg is slechts voor een deel premiefinanciering en voor een ander deel belastinggeld.³¹ En in dit opzicht is van groot belang dat de NZa niet de primaire toezichthouder is als het gaat om de kwaliteit van de zorg; dat is de Inspectie voor de Gezondheidszorg.³² En de Minister van VWS heeft bij de parlementaire behandeling van de Wmg uitdrukkelijk aangegeven dat het toezicht van de IGZ een sluitstuk vormt van het toezicht op de kwaliteit van de zorg en er enkel voor waakt dat de kwaliteit van de zorg niet onder de minimumnormen uitkomt.³³

Een actieve(re) ondersteuning van de zorgconsument op de zorgverzekeringsmarkt en zorgverleningsmarkt door onder meer de inzet van het AMM-instrument zou dus op z'n plaats zijn, als de NZa daadwerkelijk het consumentenbelang wil dienen.

Verhouding van AMM tot het algemene mededingingsrecht

Tot slot is nog van belang om in te gaan op de verhouding NZa-NMa. Het heetste hangijzer tijdens de parlementaire behandeling van de Wmg was de bevoegdheidsverdeling tussen de

NZa en de NMa. De NMa kan namelijk optreden als een onderneming misbruik maakt van zijn machtspositie. De definitie van het begrip 'machtspositie' en 'aanmerkelijke marktmacht' verschillen nauwelijks van elkaar. Het enige verschil is dat de NZa kan optreden als de *ontwikkeling* van de mededinging wordt belemmerd door een partij met aanmerkelijke marktmacht, dus op markten waar de concurrentie nog niet tot volle wasdom is gekomen (preventief toezicht). De NMa treedt op als de *instandhouding* van de mededinging wordt belemmerd door een onderneming die misbruik maakt van zijn machtspositie (reactief toezicht).

Dat dit verschil in de praktijk ook niet of nauwelijks aanwezig is blijkt uit de beschikingspraktijk van de NMa. Een goed voorbeeld vormt het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa in zaaknummer 5142-128.BT395, KNGF. Een groot aantal fysiotherapeuten hadden een klacht ingediend bij de NMa over het gedrag van zorgverzekeraars bij onderhandelingen met hen ten behoeve van de inkoop van zorg. Volgens de fysiotherapeuten hadden de zorgverzekeraars misbruik gemaakt van hun economische machtspositie. De fysiotherapeuten klaagden kort gezegd onder meer erover dat (i) zorgverzekeraars weigeren individueel met hen te onderhandelen (ii) zorgverzekeraars gekoppeld inkopen aangezien alleen kan worden gekozen voor een contract voor zowel de hoofdverzekering, als de aanvullende en particuliere verzekering, (iii) het door de verzekeraars geboden tarief te laag is en (iv) zorgverzekeraars voor verzekerden die mogelijkheid uitsluiten om zorg vergoed te krijgen op basis van restitutie. De NMa kwam zowel in

³⁰ Zie ook het Monitoringsrapport 2006 over de zorgverzekeringsmarkt van de NZa, www.nza.nl

³¹ Zie ook F.O.W. Vogelaar in een interview in het tijdschrift Den Haag Transmuraal, 'We zijn er voor de klant, over marktwerking en marketing in de zorg, juni 2006, p. 10/11.

³² Tijdens de parlementaire behandeling van de Wmg is dit ook één van de hete hangijzers geweest. Verschillende politieke partijen hebben

³³ Kamerstukken I, 2005/06, 30 186, D, p. 6.

haar primaire besluit als in haar besluit op bezwaar tot de conclusie dat de gedragingen van de betrokken zorgverzekeraars niet konden worden betiteld als misbruikelijk gedrag. De Raad van Bestuur overwoog hierbij nadrukkelijk dat de gezondheidszorgsector, met name ook de fysiotherapeutische zorg, zich in een proces van het toelaten van meer marktwerking bevindt. Zo overwoog de Raad van Bestuur in randnummer 23 van het besluit:

*'Zowel zorgverzekeraars als fysiotherapeuten moeten zich aanpassen aan de veranderde omstandigheden en een nieuw evenwicht vinden. Zeker in deze situatie acht de Raad het van belang om bij de beoordeling van klachten over misbruik van inkoopmacht te kijken naar het dynamisch marktproces en de lijn van ontwikkelingen op het gebied van inkoop van fysiotherapie. Optreden ligt met name voor de hand indien aannemelijk is dat de gedragingen van zorgverzekeraars leiden tot structurele verstoring van de mededinging bij de inkoop van fysiotherapie, of, stroomafwaarts, bij het aanbieden van zorgverzekeringen.'*³⁴

Uit deze overweging lijkt het dat de NMa zichzelf een marktmeestersrol heeft toegedicht, nu zij aangeeft pas te zullen optreden als de geïntroduceerde marktwerking niet of onvoldoende op gang komt. Een dergelijke marktmeestersrol zou eigenlijk voorbehouden moeten zijn aan de NZa.

De Minister van VWS had gesteld dat er van een samenloop van bevoegdheden zelden sprake zou zijn, aangezien de NMa bij het constateren van misbruik van machtspositie per definitie achteraf zou handelen en de NZa juist preventief kan optreden als er sprake is van aanmerkelijke marktmacht, zónder dat er

sprake is van misbruik. Bovendien zijn de NZa en NMa op basis van de Wmg verplicht om een samenwerkingsprotocol te sluiten waarin is vastgelegd op welke wijze de beide toezichhoudende instanties hun bevoegdheden zullen inzetten. De Tweede Kamer was echter van mening dat er geen heldere taakverdeling bestond tussen de NZa en NMa en heeft een amendement van de VVD-fractie op dit punt aangenomen.³⁵ Daardoor is in de Wmg het volgende opgenomen (artikel 18):

- als er sprake is van een samenloop van bevoegdheden dan dient de NMa belanghebbenden door te verwijzen naar de NZa;
- de NZa past bij een mogelijke samenloop van bevoegdheden eerst haar bevoegdheid toe om maatregelen op te leggen aan een marktpartij met aanmerkelijke marktmacht, alvorens de NMa haar bevoegdheden op grond van de Mededingingswet toepast;
- de NZa richt zich naar de uitleg van begrippen die de NMa hanteert in het kader van de uitvoering van de Mededingingswet.

Dit is een belangrijke koerswijziging ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel, waarbij gekozen was voor de insteek dat het toezicht van de NZa aanvullend zou zijn op dat van de algemene functionele toezichthouders zoals de NMa. De Tweede Kamer heeft dus uitdrukkelijk gekozen voor een leidende rol in plaats van een aanvullende rol van de NZa op het gebied van markttoezicht. In het verlengde hiervan hebben de meeste fracties in de Tweede Kamer ook uitgesproken dat wat hun betreft de NZa ook niet op korte termijn zal worden geïntegreerd met de NMa.

³⁴ Zie ook besluit van de Raad van Bestuur van de NMa in zaaknummer 5166-55, NVM vs. Menzis, randnummer 34 en het NMa Visiedocument inkoopmacht, randnummers 80, 83, 87 en 94.

³⁵ Kamerstukken II, 2005/06, 30 186, nr. 37.

Inmiddels hebben de NMa en de NZa een samenwerkingsprotocol vastgesteld. In het samenwerkingsprotocol is onder meer opgenomen dat indien er sprake is van een samenloop van bevoegdheden, de NMa en NZa zullen bevorderen dat betrokkenen zich wenden tot de NZa. Verder is in het samenwerkingsprotocol geregeld dat daar waar geen sprake is van een samenloop van bevoegdheden, de NMa en NZa elkaar zullen consulteren. Dit betekent dat wederzijdse consultatie zal plaatsvinden bij de beoordeling van concentratiezaken door de NMa, wanneer zij voor de uitoefening van hun wettelijke taken markten in de zorgsector afbakenen, bij vaststelling van consultatie- en visiedocumenten, richtsnoeren/beleidsregels of andere zienswijzen betreffende mededinging in de gezondheidszorg en bij het nemen van spoedmaatregelen. In het samenwerkingsprotocol is ook opgenomen dat bij verschil van inzicht over de juiste uitleg van bepaalde begrippen uit het mededingingsrecht, de NZa zich zal richten naar de uitleg van de NMa. De inhoud van het samenwerkingsprotocol sluit daarmee aan bij de inhoud van het door de Tweede Kamer ingediende amendement.

Conclusie

In het uitgebreide consultatiedocument geeft de NZa duidelijk weer wat haar werkwijze zal zijn bij het hanteren van het AMM-instrument.

- (I) *Risicoanalyse*: de NZa gaat over tot het toepassen van het AMM-instrument naar aanleiding van de resultaten van een risicoanalyse. Deze is gebaseerd op de vragen of er hoge en aanhoudende toetredingsdrempels zijn, en/of onwaarschijnlijk is dat op termijn daadwerkelijke concurrentie ontstaat en ingrijpen op basis van minder ingrijpende algemene regels niet volstaat.

- (II) *Mededingingsbeperkende effecten en proportionele verplichtingen*: naast het marktaandeelcriterium en de analyse van de marktstructuur zal de NZa ook kijken naar de potentiële mededingingsproblemen die kunnen voortvloeien uit een AMM-situatie. Dit is met name van belang om te kunnen bepalen welke verplichtingen proportioneel zijn. De rechter zal immers toetsen of de NZa is ingegaan op de mogelijkheden en prikkels die de AMM-partij heeft om de mededinging te beperken en op de verwachte maatschappelijke gevolgen daarvan.

- (III) *Aangeven van prioriteiten*: de NZa zal bij de inzet van het AMM-instrument de volgende situaties prioriteit geven: (1) het algemeen consumentenbelang staat voorop; (2) verkoopmacht op de zorginkoopmarkt wordt bij voorrang aangepakt en (3) uitsluiting van concurrenten wordt eerder aangepakt dan uitbuiting van consumenten. een formele marktafbakening en individuele AMM-bepaling; en (iii) het opleggen van passende verplichtingen.

Het consultatiedocument verschaft een helder en goed inzicht op welke wijze zij het AMM-instrument zal inzetten om te trachten de daadwerkelijke mededinging te bewerkstelligen in sectoren waarin partijen met marktmacht de ontwikkeling van marktwerking frustreren of blokkeren.

Ik plaats echter één belangrijke kanttekening. De vraag is of het consumentenbelang daadwerkelijk gediend is door in grote mate de rol van zorgregisseur bij de zorgverzekeraars te leggen en in te zetten op uitsluiting in plaats van uitbuiting. Er ontbreekt met name een visie van de NZa op welke wijze onder meer het AMM-instrument zou kunnen worden ingezet

als sturingsinstrument op de kwaliteit van de zorg in relatie tot de prijs van de zorg. De NZa gaat er vrij gemakkelijk vanuit dat bij voldoende concurrentiedruk op de zorgverzekeringsmarkt de prijs-kwaliteit verhouding op de zorgverleningsmarkt verbeterd. Dit is een te simpele voorstelling van zaken en verdient mijns inziens nadere aandacht. Een actieve(re) ondersteuning van de zorgconsument op de zorgverzekeringsmarkt en zorgverleningsmarkt door onder meer de inzet van het AMM-instrument zou dus op z'n plaats zijn, als de NZa daadwerkelijk het consumentenbelang wil dienen.