

Beleidsregel AMM in de zorg – een groeimodel

mw.mr. C.C. Meijer

De Wet Marktordening gezondheidszorg (Wmg), die op 1 oktober 2006 in werking trad, geeft de NZa de bevoegdheid tot het opleggen van een tiental specifieke verplichtingen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht (AMM). Daarnaast bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de NZa een beleidsregel vaststelt met betrekking tot de uitoefening van deze bevoegdheden. In juni 2007 is de Beleidsregel aanmerkelijke marktmacht in de zorg (Beleidsregel) alsmede de toelichting daarop (Toelichting) gepubliceerd.¹ Dit artikel gaat kort in op de totstandkoming van de Beleidsregel en beschrijft daarna de inhoud van de Beleidsregel en Toelichting aan de hand van een aantal bijzondere onderwerpen. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan met die onderwerpen samenhangende onduidelijkheden in de Wmg. Bij de behandeling van de bijzondere onderwerpen wordt grotendeels de volgorde van de Toelichting aangehouden.

I. Totstandkoming beleidsregel

Op 11 december 2006 publiceerde de NZa het gedetailleerde, 133 bladzijden tellende, consultatiedocument 'Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg' (Consultatiedocument).² In de consultatieronde die daarop volgde, hebben niet alleen tal van brancheorganisaties zoals ZN, Actiz, LHV en NVZ maar ook de NMa zich over het Consultatiedocument uitgelaten. Een belangrijke gemeenschappelijke component in de kritiek was, dat de NZa met het Consultatiedocument weliswaar duidelijke en transparante beleidskeuzes had gemaakt, maar de mogelijkheden tot interventie daarmee onnodig beperkte. Uit het document 'Verantwoording Consultatie – samenvatting Consultatie AMM in de zorg' van mei 2007 (Samenvatting Consultatie)³ blijkt dat de NZa (na advies van advocatenkantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, dat dezelfde mening was toegedaan) die kritiek ter harte heeft genomen.

Het resultaat is een Beleidsregel die de NZa betitelt als een groeimodel; niet (langer) wordt gepoogd 'om alle denkbare scenario's, situaties en voorbeelden te beschrijven en te beoordelen alvorens we überhaupt ervaring hebben opgedaan met dit instrument.' Zeker vergeleken met het Consultatiedocument is de Beleidsregel dan ook een uiterst beknopt document geworden waarin, behoudens enkele prioriteringscriteria, geen algemene beleidskeuzes staan vermeld. Die staan wel – zij het in grove trekken – in de Toelichting. De vraag of

het Consultatiedocument niettemin ook nog het beleid van de NZa weerspiegelt, wordt door de NZa in de Samenvatting Consultatie ontkennend beantwoord: de (Toelichting op de) Beleidsregel dient ter vervanging van het Consultatiedocument. 'Zo wordt voor marktpartijen en voor de rechter duidelijk wat het beleid van de NZa is.'⁴ Of die duidelijkheid inderdaad wordt gegeven, zal hieronder worden besproken.

II. Afzonderlijke onderwerpen

1. Toepassingsgebied van het AMM-instrumentarium

Het oorspronkelijke wetsvoorstel Wmg beperkte de toepassing van het AMM-instrumentarium tot dat deel van de zorginkoopmarkt waarop vrije prijsvorming mogelijk is. Bij amendement⁵ is de werkingssfeer van de Wmg aanmerkelijk uitgebreid; het AMM-instrumentarium kan nu ten volle worden ingezet op de zorginkoopmarkt, de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt. Omdat deze drie begrippen in de wet nergens worden gedefinieerd, is het precieze toepassingsgebied van het AMM-instrumentarium onzeker.

Zo hanteert de Wmg het onderscheid tussen een zorgverzekeraar (een aanbieder van de basisverzekering) en een ziektekostenverzekeraar (het ruimere begrip, waar naast zorgverzekeraars ook aanbieders van aanvullende ziektekostenverzekeringen en uitvoerders van de AWBZ onder vallen). Omdat de onderscheiden begrippen 'zorgverzekeraar' en 'ziektekostenverzekeraar' in de Wmg nauwgezet worden gehanteerd, is denkbaar dat het begrip 'zorgverzekeringsmarkt' op een beperktere markt doelt dan de 'ziektekostenverzekeringsmarkt'. Dat zou overigens betekenen dat de aanvullende verzekering aan het AMM-instrumentarium zou zijn onttrokken. Hoewel daar veel voor te zeggen is (het betreft hier een normale, gedereguleerde markt waarop geen aanleiding lijkt voor sectorspecifiek toezicht), heeft de wetgever blijkens onder meer de Memorie van Toelichting⁶ juist de ruimere markt op het oog gehad. De NZa richt zich in haar

1 *Staatscourant* van 25 juni 2007, nr. 119, p. 40 en via <http://www.nza.nl/nza/AMM>.

2 Zie ook W. Sauter, 'Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg', *M&M* 2007, nr. 1 (februari), p. 3-11.

3 Beschikbaar via de website van de NZa op http://www.nza.nl/7113/9233/Verantwoording_Consultatie_1.pdf.

4 Verantwoording Consultatie – samenvatting Consultatie AMM in de zorg, p. 5.

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

6 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 64: '(...) zorginkoop: op die markt onderhandelen ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders over het volume en de tarieven voor de te leveren zorg'.

Callista C. Meijer is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam.

activiteiten dan ook tevens op de markt voor aanvullende verzekeringen.⁷

De NZa gaat er daarnaast van uit dat ook zorgkantoren onder het AMM-instrumentarium kunnen vallen. Een zorgkantoor is een aan een zorgverzekeraar verbonden uitvoeringsinstantie van de AWBZ, die voor zichzelf alsmede, krachtens mandaat, voor andere ziektekostenverzekeraars die de AWBZ uitvoeren, in de betreffende regio AWBZ-zorg in natura inkoop. Hoewel het begrip 'ziektekostenverzekeraar' ook een verzekeraar omvat die de AWBZ uitvoert, is enige aarzeling op zijn plaats of in deze definitie het zorgkantoor met een eigen juridische identiteit ook als ziektekostenverzekeraar mag worden aangemerkt. Het gevolg van deze definitiekwestie zou zijn dat inkoop door deze zorgkantoren niet kwalificeert als inkoop 'als ziektekostenverzekeraar', waardoor zorgkantoren onbedoeld buiten de werkingssfeer van het AMM-instrumentarium vallen.

Nu is het denkbaar dat de bedoeling van de wetgever is om de definitie van zorgmarkten, alsmede van de op die markten actieve spelers, zo ruim mogelijk uit te leggen. Maar als dat de juiste benadering is, valt niet in te zien waarom – zoals de NZa betoogt in de Toelichting – levering van medicijnen door een farmaceutische producent aan een apotheekgroothandel niet ook tot de zorgverleningsmarkt (of de zorginkoopmarkt) zou kunnen behoren. Voor zover als tegenargument zou worden aangevoerd dat het hier om een 'gewone' markt gaat, waar geen aanleiding is voor sectorspecifiek toezicht, geldt dat argument immers eveneens voor de zorgverzekeringmarkt, waar de markt voor aanvullende verzekeringen deel van uit maakt.

2. Verhouding tot generieke Wmg-maatregelen

In de opzet van de Wmg kan de NZa in haar hoedanigheid van marktmeester zowel generieke maatregelen (die de gehele markt betreffen) als specifieke maatregelen (betreffende uitsluitend een of enkele ondernemingen) treffen. De vraag doet zich voor, welk soort maatregel vanuit het perspectief van het marktmeesterschap het meest wenselijk is. In het Consultatiedocument ging de NZa uit van voorrang van generieke maatregelen, waar zij stelde dat in het kader van de prioriteitsstelling voor het AMM-instrumentarium onder meer dient te worden overwogen '(...) of andere (algemene) maatregelen niet meer aangewezen en/of voldoende doeltreffend zijn...'

Vanuit het perspectief dat de mededinging op een markt waarop (een) speler(s) met AMM aanwezig is/zijn om die reden per definitie is verzwakt,⁸ ligt het bij het stimuleren van marktontwikkeling eerder in de rede eerst te pogen te volstaan met een op de AMM gerichte maatregel, dan om in eerste instantie de gehele markt (weer) te reguleren. Juist in liberaliserende markten zou het opleggen van generieke regels *ultimum remedium* moeten zijn. De rangorde tussen generieke en specifieke maatregelen in het Consultatiedocument komt in de Toelichting (de Beleidsregel zijgt) begrijpelijkerwijs dan ook niet meer terug. Waar de Toelichting de verhouding tussen specifieke en generieke maatregelen uit-

eenzet, wordt uitdrukkelijk vermeld: 'Wanneer de NZa een marktbelemmering aantreft doordat een speler op de markt een AMM-positie heeft, zal de geëigende weg zijn om een specifieke verplichting op te leggen aan de AMM-partij(en). Een generieke maatregel aan alle spelers in de markt zal dan niet het meest effectieve middel zijn om de problemen op te lossen.'

3. Kwaliteit van de zorg

De NZa is wettelijk verplicht om in al haar handelen het consumentenbelang voorop te stellen (art. 3 lid 4 Wmg). De NZa geeft daar invulling aan door de publieke belangen toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de zorg voorop te stellen. Vooral het element kwaliteit is opvallend, omdat de NZa in de Wmg geen bijzondere taken toebedeeld heeft gekregen op het terrein van de kwaliteit. Sterker nog: binnen de context van de Wmg is het handhaven van de kwaliteit van de zorg het exclusieve domein van de IGZ gebleven, wiens oordeel de NZa wettelijk dient te volgen (art. 19 Wmg).

Zowel in het Consultatiedocument als in de Toelichting gaat de NZa in op het aspect kwaliteit van de zorg. In het Consultatiedocument wordt nog gesuggereerd dat te lage kwaliteit kan worden gezien als een vorm van uitbuiting, namelijk verkoop van een dienst tegen een te hoge prijs.⁹ In de Toelichting geeft de NZa echter aan niet over de kwaliteit van de zorg zelf te gaan, en dus ook niet te kunnen ingrijpen als bijvoorbeeld een zorgaanbieder met AMM slechte kwaliteit levert. Daar voegt de NZa aan toe dat het AMM-instrumentarium ook niet in mogelijkheden voorziet om in geval van te lage kwaliteit in te grijpen. Gezien die uitlating bevreemdt het dat de NZa, in de opsomming van mogelijke mededingingsproblemen in de Toelichting, 'lage kwaliteit' noemt en daarvoor als passende AMM-maatregel 'transparantie' suggereert – maar mogelijk is dit een onbedoeld overblijfsel uit het Consultatiedocument.

Nu meen ik dat het AMM-instrumentarium inderdaad geen specifieke instrumenten biedt die rechtstreeks gericht zijn op het verbeteren van kwaliteit. De enige wijze waarop de NZa binnen het raamwerk van de Wmg kwaliteit kan bevorderen is op indirecte wijze, namelijk door marktwerking op gang te brengen. Dat kan door transparatiemaatregelen (als generieke dan wel als AMM-maatregel), doch eveneens door belemmeringen in de structuur van de markt of in het gedrag van partijen weg te nemen, zodat zorgaanbieders en verzekeraars worden gestimuleerd om te concurreren om de gunst van de consument, niet alleen door een betaalbare prijs te vragen maar ook door goede kwaliteit te leveren (zie paragraaf 2.2.3 Toelichting). In zoverre is de werkwijze van de

7 Zie bijvoorbeeld de NZa-Monitor 'Zorgverzekeringmarkt - de balans 2007', waarin de NZa onder meer nadrukkelijk ingaat op de toegankelijkheid van de aanvullende verzekering.

8 HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81, *Jur.* 1983, p. 03461, r.o. 70 (*Michelin*); HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 00461, r.o. 91 (*Hoffmann - La Roche*).

9 Consultatiedocument, paragraaf 5.4.3.

NZa bij het waarborgen van het 'publieke belang' kwaliteit geen wezenlijk andere dan die van de NMa, die eveneens concurrentievervalsingen tegengaat teneinde consumenten te laten profiteren van een optimale output in termen van prijs en kwaliteit.

4. NZa en NMa

Met de introductie van art. 18 lid 1 Wmg, dat in geval van overlap tussen de bevoegdheden van de NZa en de NMa eerstgenoemde voorrang geeft, lijkt de discussie over conflicterende bevoegdheden van de baan. Die discussie was reëel, hetgeen onder andere blijkt uit de website van de NZa, waarin uit de doeken wordt gedaan wat AMM is. De voorbeelden die daarbij worden genoemd¹⁰ zijn veelal geen voorbeelden van AMM maar van misbruik van AMM, hetgeen in de Wmg niet verboden is. Niettemin blijkt uit deze *slips of the pen*, dat het de NZa niet zozeer om de AMM als wel om het (dreigende) misbruik te doen is, waardoor het verschil tussen ex ante toezicht door de NZa en ex post toezicht door de NMa nogal theoretisch is. Waar dergelijke overlappende bevoegdheden bestaan is het terecht dat de wetgever, met het introduceren van een aantal specifieke instrumenten voor de NZa, ook voorrang aan de NZa heeft willen geven.

Met art. 18 lid 1 Wmg is intussen het conflict niet geheel uitgebannen. Art. 18 lid 1 is volgens lid 2 namelijk niet van toepassing indien de NMa art. 82 EG toepast. Nu is de NMa krachtens art. 4 lid 1 van Verordening 1/2003¹¹ verplicht om art. 82 EG toe te passen wanneer zij art. 24 Mededingingswet (Mw) toepast. Daardoor zou de NMa, steeds waar zij ingrijpen op grond van art. 24 Mw geboden acht, de NZa en art. 18 lid 1 met een beroep op art. 18 lid 2 kunnen passeren wanneer er tevens sprake is van interstatelijk effect. Er is dan immers geen sprake van 'overlap' in de bevoegdheden. Het is niet uitgesloten dat dergelijke gevallen zich kunnen voordoen: interstatelijk effect is immers ook mogelijk wanneer het misbruik een nationale markt dan wel een deel daarvan betreft (zoals de meeste zorgmarkten), hoewel de kans geringer is naarmate het misbruik lokaler van karakter is dan wel een beperkter deel van de omzet van de misbruikende onderneming betreft.¹²

De Toelichting wijst op de beperkingen van art. 18 lid 1 Wmg door te stellen dat de voorrang van de NZa is beperkt tot gevallen waarin de NMa de Mededingingswet toepast (en niet art. 82 EG-verdrag).¹³ Dat kunnen, zoals betoogd, alleen zaken zonder interstatelijk effect zijn. De Toelichting wijst vervolgens op het bestaan van het samenwerkingsprotocol NZa-NMa.¹⁴ Dat is terecht, hoewel de Toelichting niet vermeldt waarom het samenwerkingsprotocol in dit verband zo relevant is. De reden is dat juist op het terrein van art. 18 lid 2 Wmg het samenwerkingsprotocol effect sorteert. Dat protocol bevat namelijk de afspraak dat in aangelegenheden waarbij mogelijk sprake is van samenloop, de NMa en NZa zullen bevorderen dat betrokkenen zich in beginsel wenden tot de NZa. Samenloop is in het protocol een breder begrip dan de term 'overlap' in art. 18 Wmg, te weten een situatie waarin de

uitoefening van bevoegdheden van de NZa met betrekking tot AMM en de uitoefening van bevoegdheden van de NMa in het kader van misbruik van een economische machtspositie in de zorgsector (kunnen) samenvallen of complementair kunnen zijn. Juist het samenwerkingsprotocol bewerkstelligt derhalve, dat de NZa werkelijk voorrang heeft.

5. Afbakening relevante markt

De Beleidsregel volstaat met een algemene introductie over relevante product- en geografische markten. Naar aanleiding van opmerkingen van de NMa op het Consultatiedocument gaat de Toelichting vooral in op de complicaties die aan de SSNIP-test zijn verbonden en waarmee de NZa bij het afbakenen van zorgmarkten rekening zal houden (de *cellophane fallacy*, lage prijselasticiteit en problemen op gereguleerde markten). Dat is relevant, want juist in de zorgsector blijken de gebruikelijke instrumenten om markten af te bakken gebrekkig en worden alternatieven onderzocht.¹⁵ De Toelichting benadrukt dat over kwesties van marktafbakening nauw overleg met de NMa zal plaatsvinden. Dat is ten overvloede: art. 16 lid 4 Wmg bepaalt dat de zorgautoriteit zich naar de uitleg van de begrippen richt die de mededingingsautoriteit hanteert in het kader van de Mededingingswet. Het is nog te vroeg om te beoordelen of die verplichting, gezien de specifieke kenmerken van de grotendeels gereguleerde zorgmarkten, voor de NZa een te knellend keurslijf oplevert.

6. Vaststellen AMM

Uit de wetsgeschiedenis van de Wmg blijkt dat de wetgever met de invulling van het AMM-begrip niets anders heeft beoogd dan een economische machtspositie. Ook het Consultatiedocument laat daar geen misverstand over bestaan, waar wordt gesteld dat de definitie van AMM is gebaseerd op de uitspraak van het Hof van Justitie in *United Brands*.¹⁶ Zowel het Consultatiedocument (in paragraaf 5.2 en 5.3), de Beleidsregel (in hoofdstuk 4) als de Toelichting (in hoofdstuk 3.4) gaan uitgebreid in op de verschillende factoren die vervolgens van belang zijn bij het vaststellen van een positie van individuele dan wel gezamenlijke AMM.

De NZa sluit nadrukkelijk aan bij de uit Europese mededingingsrechtelijke jurisprudentie, literatuur alsmede de beschikkingspraktijk NMa/OPTA gedestilleerde factoren. In verband met de vaststelling van individuele AMM zijn dat

¹⁰ Zie www.nza.nl/nza/AMM.

¹¹ Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003 L1, p. 1.

¹² Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip beïnvloeding van de handel in de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004 C101/81, randnummers 93-96.

¹³ Toelichting, paragraaf 2.2.4.1.

¹⁴ *Staatscourant* van 30 oktober 2006, nr. 211, p. 16.

¹⁵ Hiertoe organiseerden de NMa en de NZa de gezamenlijke workshop 'Markt definition in health care', 10 januari 2007 en de aldaar gepresenteerde papers, beschikbaar op www.nza.nl.

¹⁶ HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*).

(absoluut en relatief) marktaandeel, omvang en het financiële vermogen van een marktpartij, aan- en afwezigheid van toetredingsdrempels, overstapkosten voor afnemers/consumenten en compenserende inkoopmacht. Marktkenmerken die gezamenlijke AMM faciliteren zijn: een hoge concentratiegraad, een transparante markt, homogene producten, symmetrie tussen de grote partijen, hoge toetredingsdrempels, een verzadigde markt, meervoudige onderlinge relaties tussen de belangrijkste marktpartijen en een (duurzaam) handhavingmechanisme.

Dat de NZa bij de vaststelling van AMM mogelijk een andere benadering kiest dan gebruikelijk bij de vaststelling van een economische machtspositie blijkt uit de waarschuwing in de Beleidsregel dat de lijsten met factoren niet als checklist (laat staan een uitputtende) dienen te worden gezien. Per geval zal worden beoordeeld welke factoren bij het vaststellen van AMM relevant zijn in het licht van de omstandigheden op de relevante markt en de ontwikkelingsfase waarin die markt zich bevindt. Dat levert onzekerheid over de benadering van de NZa op, hetgeen ook zijn weerslag vindt in de in paragraaf 3 te bespreken concrete NZa-besluiten.

Wat het voor de bepaling van AMM relevante marktaandeel betreft, verwees het Consultatiedocument naar de memorie van toelichting bij de Wmg die aangeeft dat een marktpartij met een marktaandeel van meer dan 55% geacht wordt over AMM te beschikken; met een marktaandeel van 40-55% is AMM aannemelijk, tussen 25-40% mogelijk en onder 25% onaannemelijk. Tegen de achtergrond dat inkoopmacht in het algemeen als minder problematisch wordt beschouwd dan verkoopmacht (zie hierna) stelde de NZa in het Consultatiedocument voor om bij inkoopmacht pas een onderzoek in te stellen als de inkopende partij een marktaandeel heeft van 70% en de leveranciers van minder van 25%. Uit het schematisch overzicht van de reacties op de consultatievragen blijkt, dat geen van de respondenten het met deze laatstgenoemde marktaandeedrempel eens was. Hij is dan ook niet teruggekeerd, noch in de Beleidsregel (die in het geheel geen marktaandeedrempels noemt) noch in de Toelichting (die slechts de in de MvT genoemde percentages herhaalt). Ook hier heeft de NZa – uiteindelijk – gekozen voor meer armslag, in tegenstelling tot meer duidelijkheid voor de markt.

7. Mededingingsproblemen

Het Consultatiedocument ging uitgebreid in op het soort mededingingsproblemen dat met AMM op een bepaalde markt verband zou kunnen houden. Daarbij signaleerde de NZa allereerst problemen die verband houden met het type AMM. In dat verband verwees de NZa naar de indeling in vier categorieën zoals in de elektronische communicatiesector, doch meende dat deze indeling voor de driehoeksverhouding zorg-inkoop-verzekering in de zorgsector minder relevant was. In plaats daarvan koos de NZa voor een indeling in problemen van verkoopmacht versus problemen van inkoopmacht. Daarbij analyseerde de NZa uitgebreid welke varianten inkoopmacht denkbaar zijn (inkoopmacht

van één marktpartij versus inkoopmacht van inkoopcombinaties, en variaties daarbinnen) om vervolgens per (sub-) categorie te analyseren of het probleem vooral uitbuiting dan wel uitsluiting zou kunnen zijn. Hetzelfde deed de NZa ten aanzien van verkoopmacht. De analyses leidden tot de volgende voorgestelde prioriteiten bij toepassing van het AMM-instrumentarium: het algemene consumentenbelang staat voorop; verkoopmacht is problematischer dan inkoopmacht omdat het kan leiden tot uitbuiting van consumenten en uitsluiting van concurrenten; bestrijden van uitsluiting zou prioriteit moeten krijgen omdat een effectieve aanpak tevens uitbuiting voorkomt en bestrijden van uitbuiting sec nieuwe regulatoire barrières opwerpt; lage prijzen zijn in beginsel positief, discriminatie eveneens (omdat dit de keuzevrijheid van consumenten bevordert); kruisverbanden tussen vrije en gereguleerde markten zijn risicovol.

Deze duidelijke prioriteitskeuzen komen in de Beleidsregel zelf niet terug. De Beleidsregel volstaat met te vermelden wat de Wmg bepaalt, te weten dat de NZa een of meer verplichtingen op kan leggen wanneer door AMM potentiële mededingingsproblemen ontstaan. De Toelichting gaat vervolgens kort in op het onderscheid inkoopmacht/verkoopmacht en uitbuiting/uitsluiting en verbindt daaraan een indicatie van prioriteit. Zo is verkoopmacht ‘in beginsel’ ernstiger dan inkoopmacht en is uitsluiting ‘op het eerste gezicht’ problematischer dan uitbuiting. Concreter wordt de Toelichting niet; de NZa benadrukt daarentegen dat de beoordeling van de ernst van de inbreuk in hoge mate afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zodat de verwachting bestaat dat in concrete gevallen van deze aannames afgeweken moet worden.

De conclusie van de NZa dat de lijn in het Consultatiedocument is aangehouden, doch genuanceerder is weergegeven, is dan ook niet overdreven. De van verschillende kanten gedane suggestie dat de NZa vooral haar armslag moest zien te behouden is nadrukkelijk opgevolgd, met als resultaat dat van het voorgenomen beleid zoals dat uit Beleidsregel en Toelichting blijkt, niet meer dan de grove contouren zichtbaar zijn.

8. Proportionaliteit van de verplichting

Een op te leggen AMM-verplichting zal proportioneel moeten zijn. Onder proportionaliteit verstond het Consultatiedocument dat ‘alleen passende verplichtingen mogen worden opgelegd; dus de lichtste verplichting die nog effectief is om in een concrete situatie de geconstateerde (of verwachte) mededingingsproblemen op te lossen.’¹⁷ Daartoe koppelde de NZa allereerst de AMM-instrumenten aan specifieke mededingingsproblemen, om vervolgens de AMM-instrumenten in een hiërarchie onder te brengen, zowel qua zwaarte als qua administratieve belasting. Tot slot koppelde de NZa in een schema marktmachtsposities aan potentiële

¹⁷ Consultatiedocument, paragraaf 6.3.

gedragingen, om deze vervolgens weer schematisch aan AMM-verplichtingen te relateren.

Hoewel het merendeel van de respondenten in de consultatie het op dit vlak eens was met de NZa, luidde het advies van Pels Rijcken dat met name laatstgenoemde koppeling te star was en de NZa te weinig armslag bood. De NZa kon zich daar kennelijk in vinden en de Beleidsregel vermeldt dan ook slechts dat AMM-verplichtingen op proportionele wijze zullen worden opgelegd, waarmee wordt bedoeld 'naar aard en inhoud passend bij de geconstateerde specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin'.

Ditmaal houdt de Toelichting meer staande van de in het Consultatiedocument neergelegde gedachtegang, zij het dat deze wederom minder strikt wordt gehanteerd. Allereerst expliciteert de Toelichting, dat het beginsel van proportionaliteit concreet inhoudt dat de NZa in geval van AMM een (set van) verplichting(en) oplegt indien deze verplichting(en) geschikt en noodzakelijk is/zijn om daadwerkelijke mededinging te bevorderen door belemmeringen voor marktwerking weg te nemen. Daarbij legt de NZa in beginsel de lichtst mogelijke verplichting(en) op die nog effectief is/zijn om de mededingingsproblemen op te lossen. De NZa moet daarbij nagaan of de maatregel per saldo een positief effect heeft.¹⁸

De Toelichting geeft vervolgens een opsomming van mededingingsproblemen (zie hierboven onder 7) om vervolgens de afzonderlijke verplichtingen van het AMM-instrumentarium te beschrijven: transparantie, non-discriminatie, ontbundeling, gescheiden boekhouding, contracteerplicht, geen overcapaciteit bedingen, verplicht delen van voorzieningen, wijziging in aanbod opvolgen, tariefregulering, kostentoe rekening en bewijzen dat aan laatstgenoemde verplichtingen is voldaan.

Om de geschiktheid van een maatregel in verband te brengen met een specifiek mededingingsprobleem is in de Toelichting een tabel opgenomen (overigens dezelfde als in het Consultatiedocument) waarin potentiële mededingingsproblemen aan bepaalde mogelijke verplichtingen worden gekoppeld. Zo wordt het mededingingsprobleem 'excessieve tarieven' aan de mogelijke verplichtingen 'gescheiden boekhouding, tariefregulering, kostentoe rekeningssysteem, bewijslast' gekoppeld. De Toelichting benadrukt dat de tabel slechts ter illustratie dient en niet is bedoeld om een volledig en definitief beeld te geven van verplichtingen in concrete besluiten.

Voor wat betreft de eis dat de maatregel noodzakelijk moet zijn, expliciteert de Toelichting dat in het specifieke geval geen minder vergaande maatregelen beschikbaar zijn dan de voorgenomen AMM-maatregelen om het beoogde doel te bereiken. Daartoe is een afweging vereist tussen enerzijds de ernst van het mededingingsprobleem en anderzijds de zwaarte van de maatregel. Voor die zwaarte, alsmede de administratieve lasten, heeft de NZa de AMM-verplichtingen in een tabel (wederom dezelfde als in het Consultatiedocument) met een hiërarchie van verplichtingen weergegeven. Deze tabel wordt in de Toelichting op inzichtelijke wijze nader besproken. Daarbij worden de beperkingen die de Wmg stelt

soms over het hoofd gezien. De opmerking, dat een gescheiden boekhouding noodzakelijk kan zijn voor de handhaving van de verplichting tot kostenoriëntatie en de verplichting geen kruissubsidies toe te passen, is in zoverre onjuist dat de Wmg een AMM-verplichting om geen kruissubsidies toe te passen als zodanig niet kent. Ook stelt de Toelichting dat het opleggen van de plicht tot kostenoriëntatie 'in beginsel' alleen in combinatie met tariefregulering zal worden opgelegd – daarmee suggererend dat de maatregel ook afzonderlijk dan wel in combinatie met andere maatregelen kan worden toegepast. De Wmg sluit dat echter uit: de verplichting tot kostenoriëntatie is krachtens art. 48 lid 1 sub j slechts mogelijk in combinatie met de maatregel tariefregulering.

9. Prioritering

Wezenlijk onderdeel van de Beleidsregel is het antwoord op de vraag hoe en wanneer, in de geleidelijk liberaliserende zorgmarkten, de NZa het AMM-instrumentarium in zal zetten.

Het Consultatiedocument reflecteert op verschillende plaatsen een terughoudende opstelling. Het opstarten van een AMM-analyse (de analyse of op een bepaalde markt een AMM-positie bestaat) zou beperkt worden tot die gevallen waar hoge en aanhoudende toetredingsdrempels bestaan of een dynamische marktontwikkeling naar daadwerkelijke concurrentie ontbreekt en bovendien algemene verplichtingen niet volstaan om het geconstateerde marktfalen op te lossen (de 'risicoanalyse').¹⁹ Deze criteria werden nader gespecificeerd: wanneer bijvoorbeeld geen vooruitzicht zou bestaan op het ontstaan van daadwerkelijke mededinging binnen een termijn van maximaal drie jaar, zou aan het tweede criterium zijn voldaan. Het derde criterium viel uiteen in twee onderdelen: een analyse van het marktfalen (de mededingingsproblemen, in concreto uitbuiting en uitsluiting) en van de vraag of algemene verplichtingen volstaan.

Naar eigen zeggen had de NZa zich bij de risicoanalyse laten inspireren door de 'Europese regels' met betrekking tot AMM in de elektronische communicatiesector. Die 'regels' betreffen wat wel de drie criteria-toets van de Commissie²⁰ wordt genoemd. Deze toets is vastgelegd in de Aanbeveling van de Commissie over welke relevante produkt- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector (...) aan *regelgeving* (cursivering CCM) ex ante kunnen worden onderworpen.²¹

Het is echter twijfelachtig of deze regelgevingstoets ook als prioriteringstoets voor concrete gevallen dienstig kan zijn. De vraag of sectorspecifieke regelgeving voor de zorgsector noodzakelijk is, is met de inwerkingtreding van de Wmg immers reeds (bevestigend) beantwoord. Dat geldt ook voor de vraag naar de relevante zorgmarkten waarop het AMM-instrument van toepassing behoort te zijn. Het verbaast dan

18 Toelichting, paragraaf 3.5.1.

19 Consultatiedocument, paragraaf 4.1.

20 Aanbeveling Commissie 2003.

21 Aanbeveling van 11 februari 2003, *PbEG* 2001 L114/45.

ook niet dat op de risicoanalyse als prioriteringstoets vanuit verschillende kanten kritiek is geleverd. Onder andere de NMa had erop gewezen dat de risicoanalyse in de praktijk moeilijk hanteerbaar zou zijn. Deze is in de uiteindelijke Beleidsregel dan ook niet teruggekeerd, maar vervangen door wat de NZa noemt een 'beleidsmatige prioriteitsstelling'. Deze prioriteitsstelling is te vinden in paragraaf 5.2 van de Beleidsregel (om onduidelijke redenen opgenomen in het hoofdstuk 'Mededingingsproblemen en proportionaliteit van verplichtingen'). Daaruit blijkt dat de NZa zich bij het starten van onderzoek dat kan leiden tot het opleggen van een AMM-verplichting de volgende vragen stelt:

- heeft NZa een redelijk vermoeden dat sprake is van individuele of gezamenlijke AMM?
- wat is het algemeen consumentenbelang?
- wat is de ernst van de situatie?
- is optreden NZa doelmatig/doeltreffend, in de zin dat met het AMM-instrument een gewenste situatie bereikt (althans voldoende benaderd) kan worden?
- is uitvoering van het onderzoek mogelijk met de beschikbare mensen en middelen?

Met deze beleidsmatige prioriteitscriteria zijn de inhoudelijke elementen van de risicoanalyse overigens niet van de baan. Deze zijn, zij het in minder gedetailleerde en beperkende mate, opgenomen in de Toelichting op de prioriteringscriteria uit de Beleidsregel. Deze vermeldt dat de NZa bij de beoordeling van de ernst van de situatie een inschatting maakt van de marktstructuur en in dat verband kijkt naar de aanwezigheid van aanhoudende toetredingsdrempels alsmede naar marktkenmerken die erop wijzen dat de markt ook op de middellange termijn geen ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging zal vertonen. Anders dan in het Consultatiedocument (dat die termijn op drie jaar stelde) wordt die middellange termijn niet meer concreet ingevuld. De vraag of hetzelfde resultaat niet met algemene regels kan worden bereikt, wordt tot slot niet meer gesteld; het leidende principe van proportionaliteit zal moeten bepalen of een algemene of specifieke verplichting het meest effectief is.

De NMa gaf tot slot nog als algemeen kritiekpunt op het Consultatiedocument aan, dat door de werkwijze zoals daarin neergelegd, onvoldoende preventieve werking uitging van het AMM-instrument. Hoewel uit de Samenvatting Consultatie niet precies valt te ontwaren welke onderdelen van het Consultatiedocument tot dit commentaar aanleiding gaven, is de opmerking die in het Consultatiedocument meermalen voorkwam, dat ten aanzien van het inzetten van het AMM-instrument terughoudendheid wordt betracht, in de Beleidsregel en Toelichting niet teruggekeerd.

III. Toepassing beleidsregels in de praktijk

De NZa heeft op haar website twee besluiten gepubliceerd naar aanleiding van verzoeken om oplegging van AMM-verplichtingen.²² In beide gevallen is het verzoek afgewezen.

1. VieCuri

Het eerste geval²³ betrof een klacht d.d. 28 februari 2007 van een groep instellingen inzake 'misbruik van een AMM-positie' van ziekenhuis VieCuri, in een reactie op een aanvraag van Cohesie, een huisartsensamenwerkingsverband van nagenoeg alle huisartsen in Midden-Limburg om te offren voor samenwerking inzake eerstelijnsdiagnostiek. Zowel VieCuri als de instellingen waren gevraagd te offren en de keuze van Cohesie viel op VieCuri. De NZa constateerde allereerst dat in het door Cohesie gevolgde traject sprake was van concurrentie om de markt, als gevolg waarvan tijdelijk (de duur van de overeenkomst was twee jaar) geen of in beperkte mate sprake zal zijn van concurrentie op de markt. Dat gevolg is inherent aan het offertetraject en was voor de NZa op zichzelf geen reden haar instrumenten in te zetten. Voorts concludeerde de NZa dat niet aannemelijk is geworden dat VieCuri zich onafhankelijk heeft (kunnen) gedragen in het offertetraject. Dat traject was door Cohesie juist gestart uit onvrede over de tot dan toe geleverde kwaliteit van VieCuri en uit het feit dat Cohesie haar Programma van Eisen aan verschillende andere aanbidders van eerstelijnsdiagnostiek heeft gestuurd bleek dat Cohesie zich niet door VieCuri liet leiden. De overeenkomst was bovendien voor een kortere duur gesloten dan VieCuri wilde.

2. Achmea

In het tweede geval²⁴ klaagde Actiz op 24 januari 2007 over 'misbruik marktmacht' van zorgverzekeraar Achmea jegens kraamzorgaanbidders. De NZa gaf in dat besluit allereerst aan een nader onderzoek niet opportuun te vinden, omdat na een globale marktscan bleek dat de aanwezigheid van AMM van Achmea op de inkoopmarkt voor kraamzorg niet aannemelijk was. Bovendien had Achmea over haar standaardcontract overleg gevoerd met Actiz en naar aanleiding daarvan ook aanpassingen doorgevoerd, waarop de NZa concludeerde dat Achmea zich niet onafhankelijk leek te kunnen gedragen. Niettemin ging de NZa op een aantal onderdelen van de klacht in. Voor wat betreft Achmea's weigering tot het voeren van individuele onderhandelingen over standaardcontracten stelde de NZa dat de Wmg niet dwingt tot individuele onderhandelingen tussen zorgaanbidders en verzekeraars, ook niet ingeval de verzekeraar AMM heeft. In dat laatste geval moeten de contractvoorwaarden wel objectief en transparant zijn. Hier sloot de NZa aan bij eerdere conclusies van de NMa op grond van art. 24 Mw.²⁵ Ook tegen de gang van zaken inzake de zorgveilingen had de NZa geen bezwaren. De voorwaarde van Achmea dat alle kraamzorgaanvragen via een zorgveiling zouden lopen was vooraf aan aanbidders duidelijk gemaakt, terwijl ondanks de zorgveiling altijd de keuze van

22 Zie www.nza.nl/nza/AMM.

23 NZa-besluit d.d. 18 juni 2007, brief met kenmerk JBYK/mbrd/07/A-304.

24 NZa-besluit d.d. 25 juli 2007, brief met kenmerk EFLA/mbrd/A/07/365.

25 Zie NMa-besluit op bezwaar in zaak 5142, randnr. 30.

de consument zou worden gevolgd, zodat ook aanbieders die niet met de veiling meededen hun diensten konden verlenen. De klacht dat Achmea lagere tarieven vergoedt dan de maximumtarieven werd – weinig verrassend – gepareerd met de stelling dat de NZa slechts kan optreden wanneer de tarieven onredelijk laag zijn ('roofprijzen').

3. Commentaar

Alleen de *Achmea*-zaak dateert van na publicatie van de Beleidsregel. In die zaak volgt de NZa in enige mate de Beleidsregel en de Toelichting, zij het niet zeer systematisch. Conform de prioriteitscriteria in de Beleidsregel wordt eerst nagegaan of een redelijk vermoeden van AMM bestaat. Daarbij ligt evenwel in de rede om de (in de Beleidsregel zelf gepubliceerde) criteria voor individuele AMM na te lopen, zoals (absoluut en relatief) marktaandeel, omvang en financieel vermogen van de marktpartij, aan- en afwezigheid van toetredingsdrempels etc. Ook indien niet als checklist bedoeld, zijn deze factoren te wezenlijk voor het vaststellen van AMM om te negeren. Het besluit gaat evenwel op geen van deze criteria in, terwijl het enige concrete argument voor het ontbreken van AMM dat wordt aangevoerd (het feit dat Achmea met Actiz overleg heeft gevoerd) niet aanstonds overtuigt.

Hoewel de NZa in beide zaken AMM niet aannemelijk acht, gaat de NZa in beide zaken in op de concrete elementen van de klacht, zodat marktpartijen enige duidelijkheid wordt verstrekt over de visie van de NZa. In dat verband verdient de opvatting van de NZa over de offerte in de *VieCuri*-zaak aandacht, vanwege het gemak waarmee de NZa de tijdelijke afwezigheid van concurrentie accepteert. Hoewel het besluit onvoldoende feitelijke informatie bevat voor een afgerond oordeel, valt op het eerste gezicht niet uit te sluiten dat een exclusief contract voor enkele jaren met nagenoeg alle huisartsen in de bepaalde regio het risico met zich meebrengt dat niet-geselecteerde partijen niet zullen kunnen overleven. Daarmee komt uiteindelijk de toegankelijkheid van de zorg op het spel te staan, een van de publieke belangen die de NZa nadrukkelijk dient. Het had in de rede gelegen wanneer het besluit aan dat aspect aandacht had besteed.

IV. Tot slot: een zorgspecifieke invalshoek?

Het startpunt voor het ontwikkelen van beleid voor de inzet van het AMM-instrumentarium was een zeer uitgebreid en gedetailleerd Consultatiedocument, dat bovendien zeer nadrukkelijk op mededingingsrechtelijke leest was geschoeid. Hoewel dat gezien de context van de art. 18 lid 4 en 48 Wmg mogelijk geen verrassende invalshoek is, diende de vraag zich niettemin aan wat – behoudens het verschil in instrumentarium – nu het kenmerkende verschil is tussen marktmeester NZa en de algemene mededingingsautoriteit NMa. Brengt de gelijkenis tussen AMM en een economische machtspositie met zich mee dat de benadering van markten en marktverstoringen in wezen dezelfde is, zodat de NZa zich bij het ontwikkelen van marktwerking slechts door zuiver mededingingsrechtelijke principes moet

laten leiden, of komt de NZa daarin een 'zorgspecifieke' speelruimte toe die de NMa mist? De wet lijkt wel enige ruimte voor een 'zorgspecifieke' invalshoek te bieden, waar NZa niet alleen is belast met markttoezicht maar ook met marktontwikkeling.

Veel respondenten hebben aandacht gevraagd voor sectorspecifieke problemen. Namens het AMC werd de vraag gesteld of er ruimte is voor zorgspecifieke afwegingen versus marktwerking. Sweder van Wijnbergen, lid van de Raad van Advies van de NZa, vroeg zich nadrukkelijk af: *'Kunnen we ons voorstellen dat "public health" overwegingen meer gewicht in de schaal leggen dan mededinging?'*

Nu is de vraag naar een zorgspecifieke invalshoek, met name waar deze mededingingsrechtelijke principes doorkruist, een zeer netelige. De discussie over die vraag is niettemin van belang. Het ligt immers niet in de rede om uitsluitend mededingingsrechtelijke principes inzake concurrentie op vrije markten te hanteren op markten die in hoge mate gereguleerd zijn en dat naar alle waarschijnlijkheid ook zullen blijven – al was het maar omdat volledig vrije marktwerking in de zorgsector tot maatschappelijk ongewenste (c.q. onbetaalbare) gevolgen kan leiden. Hoe aan deze invalshoek vorm kan worden gegeven is, meer nog dan de toepassing van AMM-instrumenten, een onderwerp waarop pas beleid kan worden ontwikkeld wanneer bovendien meer praktijkervaring is opgedaan. Voor beleidsregels op dat vlak is het dan ook te vroeg.

De reactie van de NZa op de suggesties voor zorgspecifieke afwegingen luidde dat deze kunnen worden meegenomen waar, in het kader van de proportionaliteitsafweging, de voordelen van een AMM-verplichting moeten worden afgewogen tegen de nadelen. De aandacht die Beleidsregel en Toelichting schenken aan zorgspecifieke afwegingen is schaars, maar daarom nog niet afwezig. Zowel de opmerkingen in de Toelichting bij het onderdeel marktdefinitie als in de Beleidsregel bij het vaststellen van AMM zijn voorbeelden waar ruimte wordt gecreëerd om de bijzondere kenmerken van zorgmarkten in aanmerking te nemen. De Beleidsregel moge een summier document zijn – een groeimodel is het ontegenzeggelijk. Het zal interessant zijn te volgen in welke richtingen het beleid zal kunnen groeien.