

Concurrerende zorg, concurrerende autoriteiten

Mr Callista C. Meijer

Inleiding

Op 1 januari 2006 worden ingrijpende wijzigingen in het Nederlandse zorgstelsel geïntroduceerd. De meest opvallende wijziging, in ieder geval vanuit het perspectief van de consument, bestaat uit de introductie van de Zorgverzekeringswet ('Zvw') die een verplichte zorgverzekering voor alle Nederlandse ingezetenen meebrengt. Tegelijkertijd met de Zvw wordt de introductie van de Wet Marktordening Gezondheidszorg ('Wmg') beoogd, die markttoezicht op het zorgstelsel regelt en de Nederlandse Zorgautoriteit ('zorgautoriteit') als sectorspecifieke toezichthouder invoert.

Beide wetten zijn een belangrijke bijdrage aan de verdere stapsgewijze introductie van marktwerking in de zorgsector en passen in dat opzicht in een reeks van wetswijzigingen met hetzelfde doel.¹ Introductie van marktwerking in gereguleerde sectoren gaat vaak gepaard met concurrentie-distorsies. Dat geldt ook voor de zorgsector, waar het mededingingstoezicht sinds 1998 door NMa wordt uitgevoerd door toepassing van het algemene mededingingsrecht.

Dit artikel kijkt allereerst terug naar de manier waarop de NMa tot op heden in (met name) haar beschikkingspraktijk aan dat toezicht invulling heeft gegeven. Vervolgens wordt stilgestaan bij de tussenfase van de zorgautoriteit in oprichting, het CTG/Zaio,² en het samenwerkingsprotocol met de NMa. Daar komen de beleidsactiviteiten die CTG/ZAio inmiddels heeft ontplooid (zoals het publiceren van visiedocumenten over marktwerking in zorgmarkten) en de eerste afbakening met het werkkterrein van de NMa aan de orde. Tot slot wordt vooruitgekeken naar hetgeen wij in het nieuwe stelsel van zowel de zorgautoriteit als de NMa kunnen verwachten. In dat verband worden allereerst de consequenties van de invoering van de zorgverzekeringswet voor de toepassing van het algemene mededingingsrecht besproken. Voorts komen de juridische instrumenten die de zorgautoriteit krachtens de Wmg ten dienste zullen staan aan de orde. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het spanningsveld tussen de Wmg en het (Nederlandse en Europese) mededingingsrecht en de consequenties daarvan voor de verhouding tussen zorgautoriteit en NMa.

De invoering van het nieuwe zorgverzekeringsstelsel heeft vragen naar de toepasselijkheid van de Europese schaderichtlijnen alsmede het verbod op staatssteun opgeworpen. Deze aspecten vormen geen onderwerp van dit artikel.

NMa en zorgsector

De NMa heeft zich sedert haar oprichting in tientallen besluiten over de zorgsector uitgelaten, variërend van concentratiezaken en ontheffingsverzoeken tot (klach-

ten over) misbruik machtspositie. Daarnaast heeft de NMa Richtsnoeren voor de zorgsector³ alsmede visiedocumenten (ziekenhuizen en AWBZ-zorgmarkten)⁴ gepubliceerd. In de Richtsnoeren, die van 2002 dateren, past de NMa het algemene mededingingsrecht nog op tamelijk neutrale wijze op de zorgsector toe, zonder er blijk van te geven dat deze sector mogelijk een bijzondere benadering zou vereisen. In de visiedocumenten van 2004 is dat anders: daar overweegt de NMa expliciet: 'Markten in transitie vragen evenwel een toegesneden handhavingsbeleid. De NMa zal bij haar handhavingsbeleid dan ook rekening houden met de beperkingen die deze specifieke markten in transitie eigen is.'

Overeenkomsten

Dat de NMa inderdaad nadrukkelijk rekening houdt met de specifieke kenmerken van de zorgsector blijkt uit tal van besluiten die de NMa sedertdien heeft genomen. In het augustusnummer van dit tijdschrift zijn de NMa-besluiten inzake samenwerkingsverbanden tussen apothekers te Breda en Assen reeds besproken.⁵ Treffender nog dan die twee uitspraken is het NMa-besluit in de zaak Stadsapotheken Tilburg.⁶ In die zaak was een klacht ingediend bij de NMa over een overeenkomst waarbij een groep Tilburgse apothekers een nieuwe poliklinische apotheek zou exploiteren. Die apotheek kon ontstaan door de per 1 april 2000⁷ voor ziekenhuizen wettelijk geïntroduceerde mogelijkheid om ook extramuraal (buiten het ziekenhuis) receptgeneesmiddelen te leveren. Doel van de wet was het doorbreken van het domeinmonopolie

- 1 Marktwerking doet reeds sedert 1992 geleidelijk zijn intrede, bijvoorbeeld door de stelselwijziging in de Ziekenfondswet die leidde tot het opheffen van de contracteerplicht van ziekenfondsen met individuele zorgaanbieders en het vervangen van het systeem van vaste tarieven voor prestaties door maximumtarieven. Tevens kunnen worden genoemd de wijziging van de Wet geneesmiddelenvoorzieningen, die ziekenhuizen poliklinische geneesmiddelenverstrekking toestaat, de Wet Herziening Overeenkomsten Zorg en tot slot de WTG ExPres, die bepaalde experimenten en prestatiebekostiging toestaan.
- 2 Het College Tarieven Gezondheidszorg, tevens zorgautoriteit in oprichting.
- 3 Richtsnoeren voor de Zorgsector, *Stert.* 25 oktober 2002, no. 206, p.18.
- 4 NMa Concurrentie in de ziekenhuissector, Visiedocument 3128/55, Den Haag januari 2004; Visiedocument AWBZ-zorgmarkten, 3130/66, Den Haag, januari 2004.
- 5 Besluit d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501-123 zoals gewijzigd bij besluit van 16 november 2004, Dienstapothek Regio Assen; besluit d-g NMa van 15 november 2004 in zaak 3022-205, Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda.
- 6 Besluit d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2688-157, Stadsapotheken Tilburg.
- 7 Wet van 1 februari 2000 houdende wijziging van de Wet op de geneesmiddelenvoorziening, *Stb.* 2000, nr 97, in werking getreden op 1 april 2000, *Stb.* 2000, nr 116.

Mr C. Meijer is advocaat bij Allen & Overy.

van de apothekers op de aflevering van receptgeneesmiddelen, waardoor een prikkel zou ontstaan voor meer efficiency, kwaliteit en prijsconcurrentie in de geneesmiddelenvoorziening.⁸ In Tilburg echter liet het ziekenhuis de exploitatie van de nieuwe poliklinische apotheek over aan een coöperatie waarin 75% van de lokale apothekers deelnam, een variant die door de NMa werd afgekeurd. De NMa constateerde niet dat de daadwerkelijke mededinging door deze samenwerking werd verminderd; de situatie op de lokale markt bleef in feite 'as is'. Dat was echter precies wat het ingrijpen van de NMa veroorzaakte: de NMa concludeerde dat deze samenwerking de mededinging beperkt omdat de apothekers 'potentiële concurrentie hebben doen voorkomen [...] in een markt waar de structuur star is en de prijsvorming geen of nauwelijks een concurrentieparameter vormt'.⁹ De NMa voegde daaraan toe dat het mededingingsbeperkende karakter wordt versterkt omdat de gedragingen 'ingaan tegen de door de wetgever beoogde structuur van de markt'.¹⁰ Vooral dit laatste aspect van de motivering is saillant. De krachtens artikel 6 Mw door de NMa uit te voeren toets biedt immers geen ruimte voor de vraag of de overeenkomst past in een door een specifieke wet beoogde marktstructuur. Als een marktmeester een autoriteit is die 'nieuwe markten op gang brengt',¹¹ dan dringt de conclusie zich op dat hier een marktmeester aan het werk is.

Dat de NMa die rol niet schuwt blijkt ook uit de recente zienswijze van de NMa inzake een gezamenlijk preferentiebeleid voor geneesmiddelen door zorgverzekeraars.¹² Bij een gezamenlijk preferentiebeleid gaat het erom dat een groep verzekeraars onderling overeenkomt om met apothekers af te spreken dat binnen een bepaald cluster generieke medicijnen slechts het als preferent aangewezen medicijn (doorgaans het goedkoopste) zal worden vergoed. Namens Zorgverzekeraars Nederland is het oordeel van de NMa gevraagd voor een gezamenlijk preferentiebeleid tussen (uiteindelijk) zeven zorgverzekeraars inzake drie medicijnen voor een termijn van (initieel) zes maanden. De NMa acht deze samenwerking tussen verzekeraars mededingingsrechtelijk aanvaardbaar, onder meer omdat deze noodzakelijk lijkt voor het tot stand brengen van prijsconcurrentie.

Bij de zienswijze vallen kritische kanttekeningen te plaatsen. Bij de beoordeling van een samenwerking tussen concurrenten moet niet alleen de vraag worden beantwoord of samenwerking noodzakelijk is, maar ook of hetzelfde resultaat niet op een minder vergaande wijze kan worden bereikt. Hoewel de NMa zelfs geen bandbreedte heeft gepubliceerd van de marktaandeelen van de deelnemende verzekeraars, staat wel vast dat het hier niet om een groep kleine verzekeraars gaat.¹³ De vraag rijst waarom de NMa in het geheel niet heeft onderzocht of een enkele grote verzekeraar, dan wel een kleinere groep (kleinere) verzekeraars, niet ook in staat zou zijn het beoogde resultaat te boeken. De NMa gaat evenwel niet verder dan te aanvaarden dat preferentiebeleid door een individuele verzekeraar niet werkt omdat deze te weinig marktmacht heeft om de leverancier tot een prijsverlaging te bewegen, terwijl dat resultaat na collectieve afspraken (verwezen wordt naar het Convenant geneesmiddelen uit

2004) wel wordt bereikt. Evenmin lijkt te zijn onderzocht of de structuur van de verzekeringsmarkt wel waarborgt dat de voordelen van prijsconcurrentie aan de uiteindelijke consument zullen worden doorgegeven. Zo'n onderzoek is zeker op zijn plaats in een markt die, althans volgens CTG/ZAio, als een 'tight oligopoly'¹⁴ kwalificeert. Dat, tot slot, voldoende restconcurrentie zou resteren is mager gemotiveerd; zo zou reeds voldoende concurrentie tussen leveranciers overblijven omdat het 'maar' om drie medicijnen gaat (daarbij negerend dat deze medicijnen circa 10% van de totale geneesmiddelenkosten vertegenwoordigen, en impliciet uitgaand van het aanvechtbare standpunt van een relevante productmarkt voor 'medicijnen') terwijl er verzekeraars overblijven die geen preferentiebeleid hanteren. Nu samenwerking tussen verzekeraars het risico van regionale machtsblokken meebrengt zou dit aspect meer aandacht verdienen. De suggestie is wederom dat de NMa in de rol kruipt van marktmeester, die de ontwikkeling van zorgmarkten en de doelstelling van de regering om te komen tot betaalbare zorg voorrang geeft boven de zuivere toepassing van het algemene mededingingsrecht.

Fusiecontrole

Nu de mogelijkheid om individuele ontheffingen te verlenen is vervallen, kan de NMa formeel slechts nog in het geval van concentraties *ex ante* sturen. In de zorgsector maakt de NMa nadrukkelijk gebruik van die mogelijkheid. Zo is in twaalf maanden tijd vijfmaal besloten dat voor een fusie een vergunning is vereist, namelijk in de ziekenhuissector, tussen AWBZ-zorginstellingen en tussen zorgverzekeraars.¹⁵ Dat is een record: nog niet eerder nam de NMa zoveel vergunningsbesluiten in zo korte tijd in een en dezelfde sector. In de fusie tussen zorgverzekeraars CZ en OZ¹⁶ gaat de NMa zelfs zover dat ook de ziekenfondsactiviteiten van partijen worden onderzocht, hoewel die activiteiten niet als ondernemingsactiviteiten zijn te kwalificeren¹⁷. Op het terrein van de fusiecontrole spreidt de NMa een beduchtheid voor het ontstaan van machtsposities tentoon die zich slechts

8 Kamerstukken II, 1996-97, 25 408, nr. 3.

9 Supra noot 6, randnummer 102.

10 Supra noot 6, randnummer 109.

11 Persbericht VWS d.d. 18 juli 2005 'Nederlandse zorgautoriteit nieuwe marktmeester in de zorg'.

12 NMa 4713/6.b39, 22 juni 2005, verzoek informele zienswijze preferentiebeleid.

13 Het betreft Agis Zorgverzekeringen, CZ Actie in Gezondheid, Menzis, Unive, VGZ, De Friesland Zorgverzekeraar en Delta Lloyd/Ohra.

14 Zie bijvoorbeeld CTG Visiedocument vrijgevestigde fysiotherapie, blz. 53.

15 Besluit d-g NMa van 15 juli 2004 in zaak 3897/156, Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord; besluit d-g NMa van 7 maart 2005 in zaak 4245/173, Vizier-De Wendel; besluit d-g NMa van 7 juli 2005 in zaak 5052/32, CZ-OZ; besluit d-g NMa van 19 augustus 2005 in zaak TZF/Sensire-Stichting Oosterlengte); besluit d-g NMa van 12 augustus 2005 in zaak Stichting Proteion Zorgcentra, Stichting Thuiszorg Midden Limburg en Stichting Land van Gelre en Gulick.

16 Besluit d-g NMa van 7 juli 2005 in zaak 5052/32, CZ-OZ.

17 Sedert het AOK-arrest worden ziekenfondsen niet als onderneming aangemerkt: zie NMa besluit van 26 mei 2005 inzake de collectieve afwijzing klachten fysiotherapeuten/huisartsen. Zie ook 'Samenvoeging ziekenfondsen: toetsingsbevoegdheid voor de NMa?', AM 2005, p. 135.

laat verklaren vanuit een op de specifieke kenmerken van deze markt toegesneden handhavingsbeleid.

Misbruik van machtspositie

Behoudens in een enkel geval van inkoopmacht¹⁸ is die beduchtheid voor machtsposities evenwel niet terug te vinden in die gevallen waar de NMa gevraagd wordt mogelijk misbruik van een economische machtspositie te beoordelen. Vanaf de inwerkingtreding van de Mededingingswet is bij herhaling vergeefs geklaagd over het contracteerbeleid van dominante verzekeraars als vorm van misbruik. Naar aanleiding van tientallen klachten van huisartsen en fysiotherapeuten over de weigering van zorgverzekeraars om met hen individuele onderhandelingen te voeren, oordeelde de NMa¹⁹ dat dergelijk gedrag, zelfs indien de verzekeraar een machtspositie zou hebben, niet misbruikelijk is. Contractsvrijheid is het uitgangspunt waar de NMa zich op beroept en ook de onderneming met een machtspositie komt die vrijheid toe, zeer specifieke uitzonderingen daargelaten. Echter, waar de huisartsen en fysiotherapeuten over klagen is niet de verplichting tot contracteren, maar de wijze van contracteren. Vanuit het perspectief van het algemene mededingingsrecht is het begrijpelijk dat de NMa dominante ondernemingen geen specifieke gedragslijn op heeft willen leggen. Doch het (mede dankzij ingrijpen van de NMa)²⁰ ontbreken van 'countervailing power' aan de aanbodsijde impliceert intussen wel dat de door de aanwezigheid van dominante ondernemingen aan de vraagzijde verstoorte concurrentieverhoudingen in stand blijven. Nu de NMa in een eerder besluit overwoog dat de contracteerplicht door de wetgever is opgeheven 'teneinde individuele onderhandelingen mogelijk te maken'²¹ zou het niet hebben bevreed wanneer de NMa ook hier de gelegenheid zou hebben aangegrepen om de doelstellingen van de wetgever te ondersteunen door dergelijke onderhandelingen op enigerlei wijze te stimuleren.

Tussenconclusie

Terugkijkend op de toepassing door de NMa van het mededingingsrecht in de zorgsector is de conclusie, dat reeds voordat de zorgautoriteit als een sectorspecifieke toezichthouder haar intrede doet, er sprake is van een toezichthouder die waar mogelijk nieuwe markten stimuleert. De NMa gaat ver in het gebruik van de mogelijkheden om daarvoor het algemene mededingingsrecht in te zetten, behalve daar waar het om misbruik van een economische machtspositie gaat. Dat betekent dat dit verbod in de periode dat uitsluitend de NMa mededingingstoezicht uitoefende over de zorgsector nog nauwelijks tot ingrijpen heeft geleid; een interessant gegeven nu, zoals wij zullen zien, de nieuwe regelgeving en de nieuwe toezichthouder zich voornamelijk op vormen van mogelijk misbruik richten.

De zorgautoriteit in oprichting

De vraag naar het toezicht op de nieuwe zorgmarkten is in 2003 beantwoord.²² De wetgever heeft ervoor gekozen om,

'in aanvulling op het mededingingstoezicht van de NMa' een sectorspecifieke toezichthouder in te voeren die de Nederlandse Zorgautoriteit gaat heten. In algemene zin zal de zorgautoriteit twee clusters van activiteiten ontplooiën:

- 1 sectorspecifiek mededingingstoezicht, op markten waar de prijzen al min of meer vrij zijn;
- 2 overig sectorspecifiek markttoezicht, daar waar vrije prijsvorming nog niet aan de markt wordt overgelaten. Dit betreft de 'klassieke' prijs- en gedragsregulering, dan wel nieuwe vormen van prijs- en gedragsregulering, op basis van onder andere de (herziene) Wet Tarieven Gezondheidszorg ('WTG'), hetgeen van oudsher de taak was van het College Tarieven Gezondheidszorg ('CTG'). Om het aantal toezichthouders in de zorgsector beperkt te houden zal het CTG opgaan in de zorgautoriteit; in het kader van die overgang is de naam van het CTG reeds per 1 april 2004 gewijzigd in 'CTG/ZAio' (zorgautoriteit in oprichting). Het overig sectorspecifiek markttoezicht laat ik in dit artikel verder onbesproken.

Ter motivering van het invoeren van een zorgautoriteit voor sectorspecifiek mededingingstoezicht formuleerde de wetgever de volgende vooronderstellingen. Aanpassing van wet- en regelgeving is onvoldoende om de gewenste marktwerking te bewerkstelligen. De Mededingingswet kent onvoldoende instrumenten om markten waar nog geen daadwerkelijke concurrentie is te stimuleren en op gang te brengen. Gedurende een transitiefase is aanvullend sectorspecifiek toezicht door een zorgautoriteit nodig, gericht op het begeleiden van de introductie van marktprikkels en het op gang krijgen van markten.

Deze stellingen worden verder niet feitelijk onderbouwd. Er is niet geanalyseerd of de toepassing van het algemene mededingingsrecht in deze sector inderdaad beperkingen heeft laten zien, terwijl die analyse wel had kunnen plaatsvinden. Marktwerking in (delen van) de zorgsector is weliswaar beperkt, maar niet nieuw. Bestudering van de wijze waarop de NMa haar handhavingsbeleid in de zorgsector heeft vormgegeven, had tot een genuanceerdere visie op nut en noodzaak van een nieuwe toezichthouder kunnen leiden. De motivering van de minister stijgt thans echter niet uit boven de generieke observatie dat bij liberaliserende markten zoals telecommunicatie, energie en zorg een sectorspecifieke toezichthouder hoort om marktwerking te stimuleren. Het antwoord op de vraag hoe in dit verband de verhouding ligt met de NMa en hoe de aanvullende rol eruit behoort te zien, wordt in de eerste vier Kamerstukken inzake de zorgautoriteit²³ slechts globaal en weinig consistent gegeven.

18 Besluit d-g NMa van 13 oktober 2000 in zaken 652/94 en 145/92, VGZ, OZ en CZ.

19 Besluit d-g NMa van 26 mei 2005 houdende collectieve afwijzing van klachten door huisartsen en fysiotherapeuten.

20 Besluit d-g NMa van 15 december 2000 in zaak 590/1972, Amicon Zorgverzekeraar/Vrijgevestigd fysiotherapeut; besluit d-g NMa van 11 april 2001 in zaak 537 Landelijke Huisartsenvereniging.

21 Besluit d-g NMa van 13 december 2000 in zaak 882, Amicon Zorgverzekeraar, par. 44-50.

22 Kamerstukken II, 2003-04, 29 324, nr 1.

Overgangsfase: het eerste beleid van CTG/ZAio

Het gebrek aan duidelijke taakstelling lijkt het CTG/ZAio niet merkbaar te hinderen. Sedert haar nieuwe rol als zorgautoriteit in oprichting heeft zij blijk gegeven van voortvarende inhoudelijke voorbereiding op de nieuwe taken, onder meer door uitvoeren van consultaties,²⁴ het vaststellen van een werkprogramma 2005,²⁵ het formuleren van voornemens inzake toekomstig mededingingsbeleid²⁶ en het uitbrengen van twee visiedocumenten.²⁷

De visiedocumenten betreffen markten waarin sedert 1 februari 2005 de vaste dan wel maximumtarieven zijn afgeschaft en vrije prijsvorming geldt: het B-segment voor ziekenhuiszorg (10% van de DBC's) en de vrijgevestigde fysiotherapeuten. Deze beide markten vormen derhalve een interessant proeflokaal voor marktwerking in de zorgsector. De visiedocumenten geven uitgebreide beschrijvingen van de marktomstandigheden, maar gaan tevens in op de mogelijke anti-competitieve gedragingen die, gelet op de marktkenmerken, te verwachten zijn. Bovendien worden specifieke maatregelen voorgesteld. In beide documenten onderzoekt CTG/ZAio zowel verschillende vormen van misbruik van machtspositie, als concurrentiebeperkende overeenkomsten tussen ondernemingen die niet over een machtspositie beschikken. Niet alleen de zorginkoopmarkt, maar ook de zorgverzekeringsmarkt komt aan bod.

Marktwerking: fysiotherapeuten

Wat de vrijgevestigde fysiotherapeuten betreft concludeert CTG/ZAio dat de risico's op mededingingsbeperkend gedrag gering zijn en de Mededingingswet vaak zal volstaan om anticompetitief gedrag aan te pakken. Wel meent CTG/ZAio dat de uitoefening van inkoopmacht van verzekeraars nauwlettend moet worden gevolgd: in zoverre lijkt CTG/ZAio meer oog te hebben voor de onbalans in deze markt door de aanwezigheid van mogelijk dominante verzekeraars dan de NMa.

Marktwerking: ziekenhuissector

In de ziekenhuissector worden wel mededingingsrisico's verwacht. In het in februari 2005 gepubliceerde visiedocument Ziekenhuiszorg gaat CTG/ZAio in op het risico dat instellingen met aanmerkelijke marktmacht binnen het B-segment 'te hoge' dan wel 'te lage' tarieven zullen gaan hanteren. Ter verduidelijking daarvan heeft CTG/ZAio op 23 juni 2005 een 'toetsingskader te hoge en te lage tarieven' gepubliceerd.²⁸ In dat toetsingskader sluit het CTG/ZAio tamelijk nauw aan bij de begrippen uit het mededingingsrecht. Een 'te hoog' tarief is aanmerkelijk hoger dan op een concurrerende markt tot stand zou zijn gekomen. 'Te laag' is een tarief dat lager is dan de gemiddelde variabele kosten.

Vanuit het algemene mededingingsrecht is de doctrine dat prijzen lager dan de gemiddelde variabele kosten misbruik van een machtspositie opleveren geen onbekende.²⁹ Wat daarvan zij, in de zorgsector kan dit tot ongewenste resultaten leiden als gevolg van verschillen in de wijze waar-

op instellingen hun activiteiten organiseren. Sommige instellingen kiezen ervoor om veel activiteiten (laboratorium, MRI-scans, medicijnenverstrekking en dergelijke) intern te doen en voor deze instellingen gelden deze kosten als vast. Andere instellingen kennen een flexibelere organisatie waarin taken worden uitbested. Voor hen kunnen dergelijke kosten als variabel gelden. Laatstgenoemde instellingen hebben aldus hogere variabele kosten. Als zij scherpe tarieven hanteren als reactie op scherpe tarieven van een instelling met hogere vaste kosten, zullen zij eerder hun gemiddelde variabele kosten benaderen en dus kwetsbaarder zijn voor ingrijpen door de zorgautoriteit. Het CTG/ZAio besteedt in het toetsingskader nadrukkelijk aandacht aan deze verschillen in organisatie, maar laat de consequentie voor wat betreft de tariefstelling onbesproken.

Het CTG/ZAio formuleert een aantal maatregelen om te hoge en te lage tarieven in deze sector te voorkomen, zoals het introduceren van een verplichting dat instellingen vanaf 1 januari 2006 uniforme kostentoerekeningsprincipes moeten hanteren (zowel voor het A- als het B-segment), het formuleren van beleid jegens instellingen in financiële problemen (opdat de continuïteit van de zorg wordt gewaarborgd, in plaats van de continuïteit van de instelling) en het beperken van de financiële speelruimte voor instellingen (door bijvoorbeeld maatstafconcurrentie in het A-segment in te voeren).

Overgangsfase: samenwerkingsprotocol NMa-CTG/ZAio

Reeds het derde Kamerstuk over de zorgautoriteit gaf aan dat waar de bevoegdheden en instrumenten van de NMa en de zorgautoriteit elkaar raken, zij onderling afspraken zullen maken die in een samenwerkingsprotocol worden vastgelegd.³⁰ Dat was in zoverre opvallend, dat op dat moment nog geen wetsvoorstel gepubliceerd was waarin de bevoegdheden van de zorgautoriteit waren vastgelegd. De wetgever had dus nog alle mogelijkheden om te voorkomen dat die bevoegdheden elkaar zouden raken. Op 6 juni 2005 is een samenwerkingsprotocol NMa-CTG/ZAio overeengekomen, eveneens voordat dat wetsvoorstel was gepubliceerd en derhalve op een moment dat nog geen enkele duidelijkheid bestond over de bijzondere bevoegdheden waarover de zorgautoriteit in het sectorspecifieke mededingingsrecht zou kunnen beschikken. Het verbaast niet dat deze gang van zaken tot onduidelijkheid over de taakverdeling tussen NMa en CTG/ZAio leidt.

23 Kamerstukken II, 2003-04 en 05, 29 324 nrs 1-4.

24 Bijvoorbeeld consultatiedocument Monitor zorgverzekeringsmarkt van juli 2005, www.ctg-zaio.nl.

25 Werkprogramma CTG/ZAio 2005, 25 oktober 2004.

26 Document 'Aanbevelingen ter bevordering concurrentie - Beleidsvoornemens CTG/ZAio' op themawebsite Nieuwe tijden, andere regels (via www.ctg-zaio.nl).

27 Visiedocument ziekenhuiszorg, februari 2005 en Visiedocument Vrijgevestigde fysiotherapie, juli 2005.

28 CTG Toetsingskader te hoge en te lage tarieven, www.ctg-zaio.nl.

29 HvJ EG zaak C-62/86 Akzo Chemie B.V./Commissie, Jur. 1991 p. I-03359.

30 Kamerstukken II, 2003-04, 29 324, nr 3, hoofdstuk 6.1.

Treffend voorbeeld is het eerdergenoemde 'toetsingskader te hoge en te lage tarieven'. Dat vermeldt dat bij het optreden tegen geconstateerde te hoge of te lage tarieven, het CTG/ZAio een 8-stappenplan zal hanteren. Dat plan eindigt, via een CTG-maatregel, met optreden door het Openbaar Ministerie. Handhaving door de NMa komt in dat stappenplan evenwel niet voor. Nu strookt dat met de opvatting van het CTG/ZAio als verwoord in het visiedocument Ziekenhuiszorg, dat zij bij deze vorm van misbruik van een machtspositie 'primair aan zet is'³¹ en de NMa in alle overige gevallen van misbruik. Doch deze opvatting weerspiegelt vooralsnog echter niet de realiteit, zoals blijkt uit het samenwerkingsprotocol CTG/ZAio-NMa. Daarin is overeengekomen dat, in geval van samenloop tussen bevoegdheden van het CTG/ZAio en de NMa, de NMa exclusief bevoegd is in geval van een redelijk vermoeden van misbruik van een economische machtspositie.³²

Nu kan er pas sprake van samenloop zijn wanneer het CTG/ZAio de wettelijke mogelijkheid verkrijgt om ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht aan additionele verplichtingen te onderwerpen. Maar betekent de tekst uit het visiedocument nu een voorzet voor die situatie, of komt ook dan de exclusieve bevoegdheid aan de NMa toe? De tekst van het samenwerkingsprotocol lijkt meer op het toekomstige dan het huidige wettelijke speelveld te zijn ingericht³³ en dat suggereert dat de NMa het primaat houdt. Dat strookt met het beginsel dat de activiteiten van de zorgautoriteit aanvullend zijn ten opzichte van de NMa. Toch zou het de voorkeur verdienen als in een voorkomend geval de NMa niettemin de zorgautoriteit zou verzoeken om in elk geval de eerste stappen van het stappenplan te volgen, namelijk die waarin onderzoek plaatsvindt en de norm wordt gesteld, en pas optreedt bij overtreding van die norm. In de transitiefase van regulering naar liberalisering, waarin de precieze grenzen van het toelaatbare nog moeten worden gedefinieerd, ligt dat meer voor de hand dan het quasi-strafrechtelijke optreden dat handhaving door de NMa toch kenschetst.

Toezicht op zorg vanaf 2006

Zorgverzekeringswet - consequenties voor mededingingsrecht

De inwerkingtreding van de Zvw betekent een ingrijpende verandering op de zorgverzekeringsmarkt (waar verzekeraars en verzekerden elkaar ontmoeten) en de zorginkoopmarkt (waar zorgaanbieder en zorgverzekeraar tegenover elkaar staan). Het onderscheid tussen particuliere en ziekenfondsverzekeringen vervalft, waardoor een 'level playing field' tussen zorgverzekeraars ontstaat. De door zorgverzekeraars aangeboden verzekeringen dienen aan dezelfde publieke randvoorwaarden te voldoen, te weten de acceptatieplicht, het verbod op risicoselectie, het verbod op premiedifferentiatie en de verplichting om een door de overheid vastgesteld basispakket zorg te verstrekken. Binnen die randvoorwaarden concurreren verzekeraars met elkaar op de zorgverzekeringsmarkt om de gunst van de

verzekerde. Daaraan geven zij onder meer inhoud door het voeren van een actief inkoopbeleid op de zorginkoopmarkt. In het nieuwe verzekeringsstelsel komt aldus aan de zorgverzekeraars een centrale rol toe.

Daargelaten de consequenties van die centrale rol van verzekeraars op de zorginkoopmarkt en de zorgverzekeringsmarkt, brengt de Zvw reeds op zichzelf een aantal veranderingen mee voor de toepassing van het algemene mededingingsrecht door de NMa.

- 1 Alle zorgverzekeraars (ook de voormalige ziekenfondsen) zullen mededingingsrechtelijk als 'onderneming' worden gekwalificeerd. Dat staat, ter vermijding van de onzekerheden die ten aanzien van dit onderwerp zijn opgetreden,³⁴ met zoveel woorden in artikel 122 van de Zvw. Daarmee is het algemene mededingingsrecht in beginsel ten volle op hen van toepassing.
- 2 Zorgverzekeraars gaan een dienst van algemeen economisch belang uitoefenen. Dat is althans de opvatting van de Nederlandse regering alsmede de conclusie van de Europese Commissie blijkens haar beschikking van 3 mei 2005³⁵ inzake de staatssteunaspecten van de maatregelen 'risicoverevening' en 'behoud reserves' uit de Zvw. De Commissie komt tot die conclusie door het samenstel van voorwaarden en beperkingen dat zorgverzekeraars wettelijk wordt opgelegd (de eerdergenoemde publieke randvoorwaarden).³⁶
- 3 Wanneer zorgverzekeraars belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang heeft dat de volgende consequenties:
 - a Artikel 25b Mw³⁷ is op hen van toepassing. Nu verzekeraars staatssteun wordt verstrekt³⁸ bestaat, wanneer de toepasselijke omzetrempels worden overschreden, de plicht tot het voeren van een gescheiden boekhouding. Dit geldt zowel voor bedragen die zijn ontvangen uit het Zorgverzekeringsfonds, hetgeen alle verzekeraars zal kunnen

31 CTG/ZAio Visiedocument Ziekenhuiszorg, blz. 10.

32 Samenwerkingsprotocol CTG/ZAio - NMa artikel 3 lid 4.

33 Zo gaat het samenwerkingsprotocol ervan uit dat het CTG/ZAio maatregelen oplegt aan ondernemingen met AMM, hetgeen pas met de inwerkingtreding van de Wmg mogelijk wordt.

34 Op grond van HvJ EG in de gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband concludeerde de NMa (anders dan in de richtsnoeren zorgsector) dat ziekenfondsen thans niet, doch met de introductie van de Zvw wel als onderneming zullen gelden. De Europese Commissie is dezelfde mening toegedaan: zie noot 35.

35 Beschikking van de Commissie d.d. 3 mei 2005, C(2005) 1329 fin, inzake steunmaatregelen nr. N 541/2004 en N 542/2004-Nederland; Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het risicovereveningssysteem.

36 In het besluit van 13 december 2000 in zaak 882, Amicon Zorgverzekeraar, wees de NMa het beroep van AVON op artikel 11 Mw, wegens (uitsluitend) de zorgplicht van de ziekenfondsen ex artikel 8 lid 1 van de huidige Ziekenfondswet, overigens nog af.

37 Dit artikel is ingevoegd met ingang van 15 februari 2002 door de Wet van 28 januari 2002 tot wijziging van de Mededingingswet (implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn), *Stb.* 2002, 71.

38 Zie voetnoot 35.

betreffen,³⁹ als voor het behoud van reserves dat alleen ziekenfondsen aangaat.⁴⁰

- b Krachtens artikel 11 Mw geldt artikel 6 Mw slechts voor zorgverzekeraars voorzover dat de vervulling van die bijzondere taak het niet verhindert.
- c De zorgverzekeraar kan krachtens artikel 25 lid 1 Mw de NMa verzoeken in een concreet geval te verklaren dat artikel 24 Mw niet van toepassing is.

Het valt niet goed te voorspellen wat het praktisch belang zal zijn van de onder b en c genoemde consequenties. Uit de klassieke jurisprudentie op artikel 86 lid 2 EG⁴¹ blijkt het noodzakelijkheids criterium (de eis dat mededingingsbeperking noodzakelijk is ter vervulling van de bijzondere taak) vaak een struikelblok te zijn voor een geslaagd beroep op de exceptie, die immers restrictief behoort te worden uitgelegd. Bovendien is onduidelijk wat precies de dienst is waarmee zorgverzekeraars zijn belast: maakt bijvoorbeeld het element 'inkopen van zorg tegen zo laag mogelijke kosten' daarvan deel uit? Zo ja, dan zou op grond van artikel 11 Mw mogelijk een gezamenlijk preferentiebeleid toegelaten kunnen worden dat meer verzekeraars en/of meer geneesmiddelen omvat dan op grond van de exceptie van artikel 6 lid 3 Mw acceptabel zou zijn, indien dat tot verlaging van geneesmiddelenprijzen leidt. De NMa zal zich dan ook moeten bezinnen op de vraag hoe deze exceptie in het geval van zorgverzekeraars dient te worden ingekleurd.

Er was wat voor te zeggen geweest indien de wetgever niet alleen nadrukkelijk had bepaald dat verzekeraars ondernemingen zijn, maar zich tevens over de toepasselijkheid van artikel 11 Mw zou hebben uitgelaten. Juist bij de introductie van nieuwe spelregels voor nieuwe markten is duidelijkheid van die spelregels een vereiste. Thans kan alleen geconcludeerd worden dat zorgverzekeraars nieuwe instrumenten ter beschikking staan om toepasselijkheid van het algemene mededingingsrecht te bestrijden, terwijl het lang kan duren voordat de vraag naar de effectiviteit van die instrumenten is beantwoord.

Wet marktordening gezondheidszorg

De Zvw heeft een jarenlange ontstaansgeschiedenis, maar dat geldt niet voor het wetsvoorstel dat het toezicht op de nieuwe zorgmarkten regelt. Pas op 25 juli 2005, minder dan een halfjaar voor de beoogde inwerkingtreding, is het voorstel voor de Wet marktordening gezondheidszorg ('Wmg') en de Memorie van Toelichting ('MvT') gepubliceerd.⁴² Dit wetsvoorstel strekt tot invoering van de zorgautoriteit en het definiëren van haar taken en bevoegdheden op de verschillende zorgmarkten. Deze bevoegdheden vallen in twee onderdelen uiteen: generieke bevoegdheden die de zorgmarkt in kwestie in zijn geheel betreffen (vanuit de hoofdregel dat de zorgautoriteit geen 'asymmetrische' regels kan stellen binnen een deelmarkt) en bevoegdheden die uitsluitend ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht betreffen (de uitzondering op de hoofdregel). Daartoe creëert de Wmg een breed palet aan bevoegdheden, waaronder

de bevoegdheid van de zorgautoriteit om nadere regels te stellen aan zowel overeenkomsten tussen ondernemingen als aan eenzijdig gedrag van ondernemingen.

Op beide terreinen blijkt een spanningsveld op te treden: de uitoefening van laatstgenoemde bevoegdheden overlapt voor een belangrijk deel de bevoegdheden van de NMa krachtens de Mw, terwijl de uitoefening van eerstgenoemde bevoegdheden haaks kan staan op het regime van Verordening 1/2003⁴³. Deze twee aspecten worden hierna besproken.

Overeenkomsten: Verordening 1/2003

Artikel 3 lid 2 van Verordening 1/2003 bepaalt, in essentie, dat terzake van overeenkomsten met interstatelijk effect geen beperkingen mogen worden opgelegd die krachtens artikel 81 EG uitdrukkelijk zijn toegestaan. Dit artikel is geïntroduceerd ter bestrijding van het probleem van een incoherente en ongelijke behandeling van overeenkomsten die de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden. In het voorstel voor Verordening 1/2003 werd nog onomwonden gesteld:

*'Het is onverenigbaar met de notie van een interne markt dat overeenkomsten en gedragingen die grensoverschrijdende handel kunnen beïnvloeden, aan verschillende normen onderworpen zijn en dat een overeenkomst die uit het oogpunt van Gemeenschapsrecht als onschadelijk of voordelig zou kunnen worden beschouwd, op grond van het nationale mededingingsrecht zou kunnen worden verboden.'*⁴⁴

Nu is in de definitieve tekst van de verordening, anders dan in het oorspronkelijke voorstel, strengere nationale regelgeving terzake van eenzijdige gedragingen wel toegestaan. Waar de wetgever in de Wmg kiest 'voor intensiever, preventief toezicht op eenzijdig gedrag van zorgaanbieders en zorgverzekeraars', daar verwijst de MvT nadrukkelijk naar artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003 ten bewijze dat de betreffende bepaling zich met het gemeenschapsrecht verdraagt.

De MvT verwijst echter niet naar dat artikel bij de in artikel 39 Wmg opgenomen bevoegdheid van de zorgautoriteit om 'ter bevordering van de concurrentie, regels [te] stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten'. Dat bevreedt, want juist bij overeenkomsten is de beperking van artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003 aan de orde. Bij de toelichting op

39 Dit fonds draagt zorg voor de risicoverevening tussen zorgverzekeraars.

40 Ziekenfondsen zullen bij hun transformatie tot zorgverzekeraar bij de inwerkingtreding van de Zvw hun wettelijke reserves mogen behouden.

41 Zie onder meer HvJ EG zaak C-393/92, Jur. 1994, I-1504; Almelo t. IJsselmij.

42 Kamerstukken II, 2004-05, 30186 nrs. 2 en 3.

43 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EG* 2003, L 1/1.

44 Voorstel voor een verordening van de Raad (door de Commissie ingediend), 27 september 2000, bij artikel 3.

artikel 39 Wmg wordt een beroep verwacht op de uitzonderingsbepaling die geformuleerd is in artikel 3 lid 3 Verordening 1/2003. Krachtens die uitzondering belet lid 2 niet de toepassing van een bepaling van nationaal recht die overwegend een doelstelling nastreeft die verschilt van die van artikel 81 EG. Is artikel 39 Wmg een dergelijke bepaling van nationaal recht? Daarvoor moet de doelstelling van artikel 39 Wmg overwegend verschillen met artikel 81 EG. Op het eerste gezicht is dat twijfelachtig: het 'bevorderen van concurrentie' als bepaald in artikel 39 Wmg is weliswaar niet precies hetzelfde als het voorkomen van concurrentievervalsingen binnen de interne markt, het verschilt daarvan nu ook weer niet in overwegende mate. Om met zekerheid aan de werking van artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003 te ontsnappen zou de Wmg een nadrukkelijk ander (neven)doel moeten hebben, zoals bijvoorbeeld het beheersbaar houden van de kosten van zorg. Wanneer dat op zijn minst met zoveel woorden uit de MvT zou blijken, zou er een gereede kans zijn dat maatregelen jegens overeenkomsten aan de beperking van de verordening zouden ontsnappen. Nu de MvT zwijgt over dit onderwerp lijkt dat niet het geval.

De zorgautoriteit zal zich bij de toepassing van artikel 39 Wmg dan ook telkens rekenschap moeten geven van de beperkingen die artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003 meebrengt. Indien beperkende maatregelen inzake overeenkomsten worden overwogen, zal allereerst aan de hand van de richtsnoeren van de Commissie⁴⁵ moeten worden beoordeeld of de overeenkomsten die het betreft interstatelijk effect kunnen hebben. Is dat het geval, dan lijkt de rol van de zorgautoriteit uitgespeeld. Uit de systematiek van Verordening 1/2003 vloeit immers voort dat slechts artikel 81 EG bepaalt of een overeenkomst toelaatbaar is of niet.

Met de introductie van het nieuwe stelsel zullen zich aldus verschillende overeenkomsten kunnen voordoen die de mededinging in deze specifieke sector niet bevorderen, doch waarvan een verbod op gespannen voet met Verordening 1/2003 kan staan. Zo is de in de Kamerstukken genoemde exclusieve levering,⁴⁶ waaraan de zorgautoriteit volgens de minister eisen moet stellen, een voorbeeld van een overeenkomst die uitdrukkelijk is vrijgesteld zolang de leverancier een marktaandeel van 30% of minder heeft.

Gezien de uitleg van het begrip 'interstatelijk effect' als verwoord in de Commissie-richtsnoeren zullen vooral overeenkomsten tussen grotere partijen als verzekeraars en instellingen aan regulering door de zorgautoriteit kunnen ontsnappen. Individuele overeenkomsten tussen zelfstandige beroepsbeoefenaren en verzekeraars missen doorgaans interstatelijk effect en zullen mitsdien door de Zorgautoriteit zonder strijd met Verordening 1/2003 gereguleerd kunnen worden.

Macht positie en aanmerkelijke marktmacht

Het belangrijkste deel van het sectorspecifieke mededingingstoezicht is te vinden in paragraaf 4.3. Wmg. Krachtens die paragraaf kan de zorgautoriteit binnen de zorginkoopmarkt (waarin verzekeraars en zorgaanbieders met elkaar

onderhandelen over tarieven en volume van de te leveren zorg) binnen die segmenten waar partijen vrij zijn de tarieven zelf te bepalen, aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht ('AMM') een aantal aanvullende verplichtingen opleggen.

Artikel 41 Wmg bevat een definitie van AMM. Deze definitie sluit in belangrijke mate aan bij de definitie van economische machtspositie uit de Mededingingswet; het enige verschil is dat de Wmg eist dat de 'ontwikkeling' van de daadwerkelijke mededinging wordt belemmerd, in plaats van de 'instandhouding' daarvan.⁴⁷ Dit geringe verschil wordt niet nader toegelicht, maar is vanuit de notie van nieuwe markten, waarin de concurrentie nog niet tot volle wasdom is gekomen, begrijpelijk. Een werkelijk zelfstandige invulling van het begrip AMM is evenwel niet beoogd: het verschil in terminologie blijkt alleen gewenst 'omdat het sectorspecifieke markttoezicht van de zorgautoriteit aanvullend is op het algemene mededingingstoezicht'.⁴⁸ Voor alle duidelijkheid stelt de MvT dat ondernemingen met een marktaandeel van 55% of meer worden vermoed over AMM te beschikken, behoudens tegenbewijs. De MvT zwijgt over de vraag waarom hier een drempel van 55% wordt gehanteerd en niet van 50%, zoals uit de Europese jurisprudentie voortvloeit.⁴⁹ Bij een marktaandeel van 40% tot 55% is volgens de MvT AMM aannemelijk, doch is bevestiging nodig door bijkomende factoren (marktaandeel concurrenten, omvang van de onderneming en dergelijke). Tussen de 25% en 40% marktaandeel is AMM mogelijk in combinatie met bijkomende factoren. Onder de 25% marktaandeel is AMM onwaarschijnlijk.

Aanvullende maatregelen – overlap mededingingsrecht

Artikel 42 Wmg bevat een tiental aanvullende maatregelen die de zorgautoriteit een onderneming met AMM preventief (zonder dat sprake hoeft te zijn van misbruik) kan opleggen. Anders dan in andere gereguleerde sectoren, waar bijvoorbeeld wettelijk de eis kan gelden dat tarieven van een onderneming met AMM kostengeoriënteerd dienen te zijn,⁵⁰ is geen van die maatregelen op voorhand voorgeschreven. Er lijkt bewust voor te zijn gekozen de zorgautoriteit van een uitgebreide gereedschapskist te voorzien, maar niet van een wettelijk keurslijf. Dat geeft de zorgautoriteit de nodige flexibiliteit. De noodzaak van elk van die verschillende gereedschappen is echter niet steeds overtuigend gemotiveerd, met name niet in het licht van het in de MvT geformuleerde principe⁵¹ dat de zorgautoriteit aanvullende bevoegdheden heeft ten opzichte van algemene toezichthouders zoals de NMa. Weliswaar kan de zorgautoriteit (anders dan de NMa) maatregelen opleggen zonder dat

45 Mededeling van de Commissie Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel', *Pb. EG* 2004, C 101/81.

46 Kamerstukken II, 2004-05, 29324, nr 4, vraag 75.

47 Artikel 1 onder i Mw.

48 MvT, paragraaf 5.3.2.

49 *Supra*, noot 29, randnummer 60.

50 Artikel 6a.7, eerste lid Telecommunicatiewet.

51 MvT, paragraaf 4.

sprake hoeft te zijn van misbruik, de aard van de instrumenten brengt mee dat een overlap tussen de bevoegdheden van de NMa en die van de zorgautoriteit ontstaat – en daarmee een spanningsveld tussen beide autoriteiten.

Zo introduceert artikel 42 lid 1 sub e Wmg de mogelijkheid een contracteerplicht op te leggen. Dat zou op zichzelf een begrijpelijk vangnet zijn in een systeem dat er weliswaar van uitgaat dat verzekeraars door de wijze van inkopen een doelmatiger gebruik van zorg bewerkstelligen, doch verzekeraar noch individuele zorgaanbieder tot contracteren verplicht. Deze motivering is echter in de MvT niet terug te vinden. De MvT zinspeelt daarentegen op verplichte toegangsverlening tot samenwerkingsverbanden, onder verwijzing naar de zaak van de Assense apothekers,⁵² die een concurrent toegang tot een elektronisch netwerk met patiëntgegevens weigerden. In die zaak echter heeft de NMa door toepassing van het reguliere mededingingsrecht op de door de wetgever gewenste wijze ingegrepen. Al is kritiek mogelijk op de wijze waarop de NMa hier het algemene mededingingsrecht toepast,⁵³ deze zaak bewijst in elk geval dat aanvullende bevoegdheden van een zorgautoriteit op dit terrein niet noodzakelijk zijn.

Daarnaast zijn in artikel 42 Wmg verplichtingen opgenomen betreffende gedragingen die een dominante onderneming reeds uit hoofde van het algemene mededingingsrecht als misbruik verboden zijn, zoals de verplichting om afnemers van diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen (artikel 42 lid 1 sub b Wmg). Die verplichting vloeit reeds uit de artikelen 82 EG en 24 Mw voort. Ook de in artikel 42 lid 1 sub c Wmg opgenomen verplichting om bepaalde diensten los te leveren van andere diensten is een uitwerking van het reeds bestaande verbod op koppelverkoop. Bij al deze onderwerpen kan de NMa reeds handhavend optreden.

Anders dan de MvT suggereert,⁵⁴ geeft de Wmg geen duidelijke afbakening in bevoegdheden tussen NMa en zorgautoriteit. De wet bepaalt slechts in artikel 19, dat met het oog op de effectieve en efficiënte besluitvorming over de wijze van behandeling van aangelegenheden van wederzijds belang en het verzamelen van informatie ten behoeve daarvan afspraken worden gemaakt tussen (onder andere) zorgautoriteit en NMa. Nu hebben NMa en CTG/ZAio in het samenwerkingsprotocol afgesproken dat CTG/ZAio zoveel mogelijk de haar ten dienste staande bevoegdheden op grond van de WTG (en, naar men mag aannemen, de Wmg als opvolger van die wet) zal toepassen, tenzij er een redelijk vermoeden is van misbruik van een economische machtspositie, in welk geval de NMa te allen tijde exclusief bevoegd is. Daarover zwijgt de MvT. Zolang de zorgautoriteit geen aanvullende maatregelen ex artikel 42 Wmg heeft ingesteld kan de NMa optreden in geval van misbruik van machtspositie; zijn wel maatregelen opgelegd en worden deze overtreden, dan kan weliswaar de zorgautoriteit optreden, doch zal vaak tevens sprake zijn van een redelijk vermoeden van misbruik en is – althans volgens het samenwerkingsprotocol – de NMa exclusief bevoegd. Het principe van aanvullende werking van de zorgautoriteit ten opzichte van algemene toezichthouders als de NMa wrekt

zich hier nu handhaving in al deze gevallen bij de NMa zal liggen.

Ook over de wijze van uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van maatregelen is de MvT niet altijd even concreet of weldoordacht. Ik geef enkele voorbeelden.

Krachtens artikel 42 lid 1 sub d, kan de zorgautoriteit een gescheiden boekhoudplicht opleggen. Het doel daarvan is volgens de MvT 'marktversturende' kruissubsidiëring te voorkomen. Deze term, die ook al in eerdere Kamerstukken werd gebruikt als voorbeeld van ongewenst marktgedrag, leidt vaker tot misverstanden dan tot duidelijkheid over wat nu wel en niet is toegestaan. Blijkens de MvT gaat het erom te voorkomen dat een partij een zorgproduct aanbiedt voor een prijs lager dan de kostprijs met de bedoeling een concurrent uit de markt te weren, en het verlies dat hij op het zorgproduct lijdt verdisconteert in de prijs van een ander product waarvoor nauwelijks concurrentie bestaat. Om dit instrument zinvol te kunnen hanteren zal tevoren op zijn minst vast moeten staan hoe de verschillende zorgdeelmarkten gedefinieerd moeten worden. Behoren staaroperaties tot een andere markt dan knieoperaties en mag een ziekenhuis de scherpe tarieven in het ene specialisme compenseren uit de opbrengsten van de andere? Vooralsnog maakt de NMa in fusies tussen ziekenhuizen geen onderscheid tussen de verschillende medische specialismen, doch wordt van een markt voor (klinische) algemene ziekenhuiszorg uitgegaan.⁵⁵ Bij een dergelijke marktdefinitie valt niet goed in te zien hoe een ziekenhuis tot ongewenste kruissubsidiëring zou kunnen overgaan; het is immers maar op één markt actief. CTG/ZAio gaat er in haar visiedocument daarentegen van uit dat tussen het A-segment en B-segment 'ongewenste', want rooftprijzen mogelijk makende kruissubsidiëring mogelijk is. Bij het onderwerp 'relevante markt' is vooralsnog dan ook niet gebleken van de 'consistente uitleg van begrippen' tussen CTG/ZAio en NMa die blijkens het samenwerkingsprotocol moet plaatsvinden. Overigens valt op dat volgens de MvT een prijs 'lager dan de kostprijs' reeds problematisch zou kunnen zijn, terwijl het toetsingskader van CTG/ZAio de drempel nadrukkelijk bij de 'gemiddelde variabele kosten' legt.

Ter bestrijding van concurrentieverstorende rooftprijzen wordt dan wel de mogelijkheid gecreëerd een gescheiden boekhoudplicht op te leggen, maar er wordt geen verplichting aan verbonden om op een tevoren vastgestelde wijze tot kostenallocatie en kostprijsberekening over te gaan. Onderdeel j van artikel 42 lid 1 Wmg voorziet weliswaar in de introductie van een kostentoekeningssysteem, doch dat is slechts verbonden met onderdeel i (vaststelling van tarieven) en niet met onderdeel d (gescheiden boekhoudplicht). Nu kan de zorgautoriteit op grond van artikel 34 lid 3 Wmg zorgaan-

52 Besluit d-g NMa van 16 november 2004 in zaak 2501.141, Dienstapothek Regio Assen.

53 Zie bijvoorbeeld de bijdrage van E. Steyger in *M&M* augustus 2005, jaargang 8, nummer 4/5.

54 MvT, paragraaf 8.1

55 Besluit d-g NMa van 8 juni 2005 in zaak 3987, Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord, randnummer 52.

bieders wel nadere regels stellen in verband met de toepassing van uniforme principes bij de toerekening van kosten en opbrengsten, maar op dit artikel gebaseerde regels gelden per definitie voor de gehele markt en niet alleen voor de onderneming met AMM. CTG/ZAio heeft overigens reeds aangekondigd terzake met een beleidsmaatregel te zullen komen.

Artikel 42 lid 1 sub i Wmg bepaalt dat de zorgautoriteit tarieven alsnog kan reguleren. Volgens de MvT moet dit als een *ultimum remedium* worden beschouwd, noodzakelijk wanneer een onderneming buitensporig hoge tarieven kan hanteren, dan wel zodanig lage tarieven dat dit de marges van andere ondernemingen uitholt. De ruime bevoegdheden van de NMa en de zorgautoriteit in aanmerking genomen, kan worden betwijfeld of deze maatregel nog toegevoegde waarde heeft. Ook hier bevreedt overigens de invulling die de wetgever aan de maatregel geeft; 'uithollen van marges' van de concurrent is een normaal kenmerk van concurrentie en een onbruikbare maatstaf voor de toelaatbare ondergrens van tarieven.

Concurrerende zorg - Concurrerende autoriteiten

Tot op heden was de NMa de enige toezichthouder op marktwerking in de zorgsector. Vanaf (waarschijnlijk) 1 januari krijgt daarnaast de zorgautoriteit verstrekkende bevoegdheden, die de bevoegdheden van de NMa aanmerkelijk overlappen. Als het samenwerkingsprotocol NMa-CTG/ZAio, zoals dat vanaf 1 januari 2006 zal gelden, inhoudelijk overeenstemt met de huidige tekst zal de NMa doorgaans het primaat houden; misbruik van machtspositie blijft immers haar exclusieve domein. De rol van de NMa wordt er uiteindelijk, alle nieuwe wetgeving ten spijt, niet kleiner doch eerder groter op. Dat betreft niet alleen de artikelen 6 en 24 Mw maar tevens de toepasselijkheid van artikel 81 EG (van belang bij de vraag of een overeenkomst wel verboden mag worden, gezien artikel 3 lid 2 Verordening 1) en de zelden toegepaste artikelen 11 Mw en 25 Mw, die in de zorgsector aan belang kunnen winnen. Voor het toezicht op concurrentie binnen de zorg houdt de zorgautoriteit in de NMa dan ook een concurrent van betekenis.

Tegelijkertijd zijn dit bij uitstek situaties waarin de NMa bij de uitoefening van haar wettelijke taken de zorgautoriteit zou moeten consulteren om gebruik te maken van haar inzichten in de sector. Bij de toepassing van de artikelen 11 en 25 Mw vereist de beoordeling van de noodzaak van de mededingingsbeperking in relatie tot de taak van algemeen economisch belang immers veeleer sector kennis dan mededingingskennis. Over sector kennis beschikt de zorgautoriteit als geen ander. Daar komt bij dat het CTG/ZAio tot nu toe blijkt geeft van genuanceerde visie op de concurrentieverhoudingen in de sector vergeleken met de NMa, die zich, zoals wij eerder zagen, wel zeer loyaal aan het regeringsbeleid heeft betoond. Dit is vooral van belang in verband met de twee pijlers waarop het nieuwe verzekeringsstelsel is gebouwd: marktwerking tussen zorgaanbieders en marktwerking tussen zorgverzekeraars, waardoor de kostenvoordelen van marktwerking tussen zorgaanbie-

ders bij de consument terecht komen. Aan de eerste pijler wordt in de regulering veel aandacht besteed; aan de tweede relatief weinig. De wetgever en de NMa (bijvoorbeeld bij beoordeling van het gezamenlijk preferentiebeleid) gaan er tamelijk gemakkelijk van uit dat inkoopvoordelen, zodra gerealiseerd, wel aan de eindconsument ten goede zullen komen. De reden daartoe is wat in de Kamerstukken steevast 'stemmen met de voeten' heet: marktwerking is gewaarborgd doordat verzekerden elk jaar de mogelijkheid hebben naar een andere zorgverzekeraar over te stappen. Voor dat vertrouwen is evenwel niet zonder meer plaats in een markt waar vooralsnog slechts 3% van de verzekerden daadwerkelijk overstapt en die bovendien als oligopolistisch wordt aangemerkt (de landelijke markt moge dan weinig geconcentreerd zijn, de regionale markten zijn dat vaak wel). Deze observaties komen uit het CTG/ZAio consultatiedocument Monitor Zorgverzekeringsmarkt: een document waaruit blijkt dat CTG/ZAio de zorgverzekeringsmarkt nauwgezet volgt, maar tevens dat zij signalen over mogelijk ongewenste marktgedragingen niet zelf zal oplossen, doch deze ter beschikking van de NMa zal stellen om zo de uitvoering van de Mededingingswet te bevorderen. Dat voornemen strookt met de notie dat het primaat van de handhaving in de zorgsector wel bij de NMa zal blijven liggen. Het zou de kwaliteit van de handhaving door de NMa evenwel ten goede komen als zij bij de uitoefening van haar taken de onderlinge consultatie met de zorgautoriteit daadwerkelijk en ruimhartig inhoud zou geven.