

De NZa – autoriteit in ontwikkeling

mr C.C. Meijer

Met de introductie van de nieuwe zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet toelating Zorginstellingen (WTZi) zou ook de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) in werking hebben moeten treden. Die wet introduceert namelijk de toezichthouder op het nieuwe zorgstelsel: de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)¹. Gelijktijdige introductie is echter niet gelukt: bij het voltooien van dit artikel wordt voorzien in de introductie van de NZa per oktober 2006.

In het novembernummer van *Markt & Mededinging* 2005 werd onder meer aandacht besteed aan het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Wmg, zoals dit op dat moment aan de Tweede Kamer werd gepresenteerd². De ontstaansgeschiedenis van het wetsvoorstel was toen nog slechts enkele maanden onderweg. Inmiddels is de Wmg door de Eerste Kamer aangenomen. Dit artikel beschrijft de wijzigingen in de Wmg die sedertdien zijn aangebracht voor zover relevant met betrekking tot de nieuwe taak van de NZa: markttoezicht op de zorgsector. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de huidige rol van de NZa in het mededingingstoezicht door de NMa en worden enkele knelpunten gesignaleerd.

Doelstelling en taken NZa in de Wmg: een introductie

De Wmg is allereerst de beoogde opvolger van de Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg³). In veel opzichten brengt de Wmg geen wijzigingen in het regime dat krachtens die wetten gold. De tarieven in de gezondheidszorg blijven voor het grootste deel gereguleerd, waardoor bijvoorbeeld het merendeel van de ziekenhuistarieven nog steeds vast is. Het College Tarieven Gezondheidszorg (Ctg), dat verantwoordelijk was voor de regulering van tarieven, gaat op in de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). Het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ), dat toezicht uitoefent op de uitvoering van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de AWBZ door zorgverzekeraars, gaat eveneens op in de NZa. De taak van de NZa inzake de Zvw is zich ervan te vergewissen dat verzekeraars hun verzekerden leveren waar deze wettelijk recht op hebben. Wat de AWBZ betreft is de taak van de NZa niet anders dan een voortzetting van de zaak van het CTZ.

De belangrijkste nieuwe taak van de NZa wordt het uitoefenen van markttoezicht en marktontwikkeling op het terrein van de gezondheidszorg (artikel 16 sub a Wmg). De Wmg verstrekt de NZa daartoe een aantal instrumenten. Allereerst

kan de NZa onderzoek doen naar concurrentieverhoudingen en het marktgedrag op het gebied van de zorg (artikel 32 Wmg) en de resultaten publiceren (artikel 33 Wmg). Overigens kan de NZa nu ook reeds marktonderzoek doen, zoals bijvoorbeeld het op 12 juli 2006 aangekondigde onderzoek naar de marktstructuur in de thuiszorg. Het verschil met het oude wettelijk kader zit vooral in de maatregelen die de NZa vervolgens kan nemen. Op dit moment zijn de mogelijkheden voor de NZa bij de geconstateerde knelpunten in de thuiszorg beperkt tot het inzichtelijk laten maken van de gewraakte doorcontractering (het door anderen dan de contractspartij laten uitvoeren van de thuiszorg tegen een veel lager tarief dan waarvoor is gecontracteerd). Met de inwerkingtreding van de Wmg kan de NZa bij geconstateerd marktfalen ingrijpen. De NZa kan dan regels stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten (artikel 45). Deze regels worden generiek, voor de gehele (deel-)markt in kwestie, opgelegd. Daarnaast kan de NMa dan specifieke maatregelen opleggen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht (amm) (artikel 48 Wmg)⁴.

De vraag doet zich voor, vanuit welk perspectief de NZa haar taken uitoefent. Op die vraag geeft het geamendeerde artikel 3 lid 4 Wmg concreet antwoord: het bepaalt dat de NZa bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop stelt. In de woorden van de minister: 'Het gaat erom dat de NZa bij haar beslissingen zich altijd expliciet de vraag zal stellen: hoe pakt deze beslissing uit voor de consument, wordt deze er beter of slechter van?'⁵ De NZa heeft nadrukkelijk geen taak ter behartiging van individuele consumentenbelangen. Uitzondering daarop is het nieuw geïntroduceerde artikel 23 Wmg, dat voorziet in de mogelijkheid voor consumenten om bij de NZa hun beklag te doen over door zorgaanbieders of zorgverzekeraars gebruikte formulieren.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel stond het algemeen consumentenbelang niet met zoveel woorden centraal. Uit de Memorie van Toelichting bij het oorspronkelijk ontwerp valt een ander leidend perspectief af te leiden, namelijk: het dienen van de publieke belangen kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg. Hoewel de Memorie van Toelichting deze doelstelling vele malen herhaalt, was het niet als zodanig in de tekst van het oorspronkelijke wetsvoorstel

1 Omwille van de leesbaarheid duid ik in dit artikel het wetsontwerp voor de Wmg aan als 'de Wmg' en noem ik het Ctg/ZAio, al dan niet tezamen met het CTZ, nu reeds 'de NZa'.

2 *M&M* 2005, nr. 7, november 2005

3 Zoals gewijzigd bij de Wtg-ExPres.

4 Zie noot 2.

5 Eerste Kamer, vergaderjaar 2005/06, 30 186, D, blz. 61.

Callista Meijer is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

opgenomen. Ook het huidige voorstel rept er niet over. Dat veroorzaakt onzekerheid over het perspectief van waaruit de NZa haar toezicht invulling geeft: is dat nu het algemeen consumentenbelang, of zijn het de drie specifieke publieke belangen? In de praktijk het laatste, zo blijkt bijvoorbeeld uit alle monitors van de NZa sedert september 2005.⁶ Daarin vormen afzonderlijke hoofdstukken inzake kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid stevast de kern van de rapportage. Nu de wettelijke basis voor deze doelstelling ontbreekt, is dat opmerkelijk. Dat geldt temeer, nu het instrumentarium van de NZa (bijvoorbeeld als het gaat om ondernemingen met amm) ook sterk is toegesneden op factoren als betaalbaarheid en toegankelijkheid, maar niet zozeer op kwaliteit. De wet bepaalt bovendien nadrukkelijk dat de NZa de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) volgt in haar oordeel over de kwaliteit, met als motivering dat met de NZa geen tweede kwaliteitstoezichthouder is beoogd. Er lijkt, kortom, licht te schijnen tussen de wettelijke doelstellingen en de wijze waarop de NZa daar in de praktijk invulling aan geeft. Het zou de rechtszekerheid dienen wanneer hier opheldering over wordt gegeven.

Het ontbreken van een wettelijke basis voor de taakstelling terzake van publieke belangen heeft overigens nog een nadeel. Dat nadeel betreft de bevoegdheid van de NZa ex artikel 45 (voorheen artikel 39) Wmg om generieke regels te stellen betreffende overeenkomsten, onder meer 'ter bevordering van de concurrentie'. Gerede twijfel is mogelijk over de vraag of deze bepaling zich verdraagt met artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003⁷, dat lidstaten de mogelijkheid ontnemt om terzake van overeenkomsten te verbieden wat artikel 81 EG uit concurrentieoogpunt nadrukkelijk toestaat⁸. Daarop bestaat slechts een uitzondering wanneer wetgeving een overwegend ander doel dient⁹. Wanneer de wetgever ervoor had gekozen om de NZa de bevoegdheid te geven om deze regels te stellen 'ter bewaking van de publieke belangen kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg' was een beroep op die uitzonderingsbepaling aanmerkelijk kansrijker geweest. Nu de wetgever daar niet voor heeft gekozen, loopt een generieke maatregel van de NZa op basis van artikel 45 Wmg het geenszins denkbeeldige risico om, op vordering van een partij die zich door de maatregel in zijn commerciële vrijheid beperkt ziet, door de rechter wegens strijd met een dwingende verdragsbepaling terzijde te worden geschoven. Dat komt de effectiviteit van deze nieuwe autoriteit niet ten goede.

NZa en andere toezichthouders

Zowel bij de behandeling van de Wmg in de Tweede en Eerste Kamer als daarbuiten is kritiek geuit op het grote aantal toezichthouders in de zorg. Die kritiek heeft niet geleid tot het door onder andere Zorgverzekeraars Nederland bepleite centrale loket¹⁰. De minister heeft gepoogd het toezicht op de zorgsector zoveel mogelijk te concentreren (vandaar de keuze om Ctg en CTZ samen te voegen in de NZa) doch erkent ook dat de noodzakelijke samenhang van toezicht door andere toezichthouders vergt dat niet

alles in een hand kan worden gelegd. Alleen het toezicht dat aanvullend is op dat van functionele toezichthouders die een breder terrein bestrijken, wordt daarom in handen van de NZa gelegd.¹¹

Zo blijft het toezicht op de kwaliteit van de zorg de expliciete taak van de IGZ: een aanvullende taak van de NZa kan gelegen zijn in het vergroten van de transparantie inzake kwaliteit en het beoordelen van de prijs-kwaliteitverhouding van zorg. DNB en niet de NZa houdt toezicht op de solvabiliteit van verzekeraars, dus ook zorgverzekeraars. De NMa waakt over fusies, kartels en misbruik van een economische machtspositie in de zorgsector: de NZa niet, maar zij kan wel zienswijzen geven in mededingingszaken die de zorgsector betreffen. Het toezicht op het gedrag van zorgverzekeraars krachtens Wfd blijft bij de AFM berusten, die op het gedrag van alle verzekeraars toezicht houdt.

Wel is de wetgever ontvankelijk gebleken voor het risico van overlap en toenemende administratieve lasten als gevolg van al deze toezichthouders. Daartoe bevatte reeds het oorspronkelijke wetsontwerp de verplichting voor de NZa om samenwerkingsprotocollen te sluiten met een aantal met name genoemde toezichthouders zoals de NMa, het Staatstoezicht op de volksgezondheid (de IGZ), DNB en de AFM. Het huidige wetsvoorstel bevat bovendien de verplichting dat de samenwerkingsprotocollen in ieder geval bepalen dat een bestuursorgaan aan derden geen informatie vraagt, indien een van de andere bestuursorganen die informatie kan verstrekken. Zo wordt voorkomen dat marktpartijen verschillende autoriteiten van dezelfde informatie moeten voorzien.

NZa en NMa: geen concurrentie

Het is vooral in relatie met de NMa dat het oorspronkelijke wetsvoorstel wijzigingen heeft ondergaan. Dat ligt ook voor de hand. Er bestaat een spanningsveld tussen het nieuwe terrein van het markttoezicht in de zorgsector en onderdelen van het bestaande werkterrein van de NMa. Een heldere afbakening van taken is noodzakelijk, maar was nog onvoldoende gerealiseerd. Duidelijkheid bestond al wel ten aanzien van het kartelverbod en fusiecontrole: op die terreinen is en blijft uitsluitend de NMa bevoegd. Op het gebied van misbruik van een economische machtspositie (emp) lag dat anders. De NZa kreeg een breed instrumentarium ter beschikking gesteld om *ex ante* aan te wenden jegens ondernemingen met amm, maar de NMa behield volledig de bevoegdheid om *ex post* op te treden tegen mis-

6 CTG/Zaio oriënterende monitor ziekenhuiszorg, 12 september 2005; Monitor Ziekenhuiszorg, juni 2006; Oriënterende monitor fysiotherapie, september 2005; Monitor de tussenstand op de zorgverzekeringmarkt, juni 2006, Monitor extramurale AWBZ-zorg, juni 2006.

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

8 Zie noot 2.

9 Artikel 3 lid 3 Vo 1/2003.

10 <http://www.zn.nl/Leeszaal/Dossiers/Toezicht/Wmg.asp>.

11 Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, n 3, blz. 12, 13.

bruik emp¹². De wetgever heeft evenwel geen verschil tussen amm en emp beoogd. Ervan uitgaande dat het formele onderscheid tussen *ex post* en *ex ante* toezicht in deze sector wel eens theoretisch zou kunnen zijn (de NZa zal in een sector in ontwikkeling pas willen ingrijpen als er werkelijk een probleem is – een moment waarop er ook al sprake kan zijn van misbruik) was er alle aanleiding voor concurrerende autoriteiten te vrezen¹³.

Dit knelpunt is, na het aannemen van het amendement-Schippers, opgelost. Artikel 18 lid 3 Wmg bepaalt thans expliciet dat bij mogelijke samenloop van bevoegdheden van de NZa en NMa, eerst de NZa aan zet is. Een uitzondering wordt slechts gemaakt indien NZa en NMa gezamenlijk tot de slotsom komen dat optreden door de NMa effectiever is. Dit is een duidelijke verbetering tegen de achtergrond van de onduidelijkheid die onder het vorige wetsontwerp bestond, mede in het licht van het samenwerkingsprotocol CTG-Zaio/NMa (dat de NMa het primaat gaf bij misbruik emp: daarmee kon de NMa de NZa in feite buiten spel zetten). Niet alleen is nu helder wie zal optreden, de keus voor de voorrang van de NZa past ook in de zich ontwikkelende zorgmarkten, waar experimenterende marktpartijen niet onnodig afgeschrokken behoren te worden door repressieve handhaving door een algemene mededingingsautoriteit. Nu de NMa in een aantal zorggerelateerde zaken ervan blijk gaf het marktmeesterschap niet te schuwen (een taakopvatting die niet zonder kritiek is gebleven), is het goed dat de wetgever bij overlap van taken een duidelijke keus heeft gemaakt: de NMa zal moeten terugtreden ten gunste van de NZa. Dat daarmee overigens niet alle spanningen tussen de toezichthouders van de baan zijn, is onderwerp van het volgende hoofdstuk.

Daarnaast was het zo dat volgens het oorspronkelijke wetsvoorstel, de NZa haar instrumentarium terzake van ondernemingen met amm slechts kon aanwenden op de zorginkoopmarkt (de markt waarop verzekeraars bij zorgaanbieders zorg inkopen) en dan ook nog slechts op een bijzonder deel daarvan, namelijk het gedeelte waar tariefsregulering geheel is losgelaten en vrije tarieven gelden. Alleen de NMa kon op de gehele zorginkoopmarkt mededingingstoezicht uitoefenen. Achterliggende gedachte was het aanvullende karakter van het sectorspecifieke toezicht van de NZa¹⁴, bedoeld om – naast het algemene mededingingstoezicht – met gebruikmaking van bijzondere instrumenten marktwerking te stimuleren in zich ontwikkelende markten. Die gedachte is theoretisch zuiver. Het lastig te verdedigen praktische gevolg was evenwel dat op die zorgmarkten die deels gereguleerd zijn, maar waar ook enige concurrentie mogelijk is, het markttoezicht niet door de NZa maar door de NMa wordt uitgevoerd. Het aangenomen amendement-Heemskerk strekt dan ook tot uitbreiding van de werkingssfeer van het amm-instrumentarium tot de gehele zorginkoopmarkt (inclusief gereguleerde tarieven) alsmede de zorgverlenersmarkt en de zorgverzekeringmarkt. Op zichzelf past uitbreiding bij de positionering van de NZa in het toezicht op de zorgsector. Aarzelings past wel bij de uitbreiding tot de zorgverzekeringmarkt. De zorgverzekeringmarkt is immers een bestaande

markt waarop al langer geconcurrereerd wordt: toezicht door de NMa zou voldoende moeten zijn.

Tot slot zal de NZa thans ook spoedeisende maatregelen kunnen treffen (artikel 49 Wmg). Deze mogelijkheid is geïntroduceerd tegen de achtergrond dat opleggen van verplichtingen aan een onderneming met amm een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure vereist: afdeling 3.5 van de AWB is van toepassing verklaard. In die (lange) periode kan de onderneming in kwestie onwenselijk geachte, doch onomkeerbare besluiten hebben genomen. Om dat te voorkomen zijn spoedeisende maatregelen met een duur van maximaal 6 maanden mogelijk gemaakt, een termijn die overigens verlengd kan worden.

NZa-NMa in de praktijk: fusiecontrole

Als betoogd blijft een belangrijk onderdeel van de marktordening bij de NMa berusten. Zo worden fusies tussen zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen) of tussen zorgverzekeraars nog steeds door de NMa beoordeeld. De NZa speelt bij fusiecontrole door de NMa niettemin een rol. Naast het vorig jaar ondertekende samenwerkingsprotocol, dat op alle soorten mededingingsrechtelijke zaken betrekking heeft, zijn NMa en NZa in april jongstleden specifieke werkafspraken overeengekomen met betrekking tot samenwerking in concentratiezaken ('werkafspraken')¹⁵. Voor de NZa geldt dat 'het afgeven van zienswijzen inzake voorgenomen concentraties van de NMa, gelet op de huidige en toekomstige rol in de zorgsector, van groot belang is voor de uitvoering van de eigen wettelijke taken.'¹⁶ Dat lijkt te verwijzen naar het instrumentarium van de NZa specifiek gericht op ondernemingen met amm. Voor de NMa is samenwerking met de NZa van belang omdat 'de marktkennis waarover CTG/Zaio en CTZ beschikken vaak van belang is in het kader van een zorgvuldige voorbereiding van een door de NMa te nemen besluit.'¹⁷

Op het eerste gezicht lijkt het niet onlogisch de mening in te winnen van de kenner van de sector bij uitstek. Wel is een zekere spanning op dit terrein zichtbaar. Immers, indien de NMa uiteindelijk van mening is dat een groep ondernemingen na fusie geen economische machtspositie inneemt, en de fusie aldus toelaat, zal de NZa dat oordeel moeten respecteren, ook wanneer de NZa daarover een andere mening had. De NZa richt zich naar de uitleg van begrippen die de mededingingsautoriteit hanteert in het

12 Samenwerkingsprotocol – Afspraken tussen het College tarieven gezondheidszorg/Zorgautoriteit in oprichting (CTG/Zaio), het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, <http://www.ctg-zaio.nl>.

13 Zie noot 2.

14 *Kamerstukken II* 2004/05, 20 186 nr 3, blz 21.

15 Werkafspraken tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), het College Tarieven Gezondheidszorg/Zorgautoriteit in oprichting (TG/Zaio) en het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) met betrekking tot concentratiezaken.

16 Werkafspraken, randnummer 3.

17 Werkafspraken, randnummer 4.

kader van de toepassing van het mededingingsrecht (artikel 18 lid 4 Wmg). Daarmee verdraagt zich mijns inziens niet dat de NZa, bij gelijkblijvende marktomstandigheden, het amm-instrumentarium aanwendt jegens een gefuseerde onderneming die door de NMa, wegens het ontbreken van een machtspositie, is goedgekeurd. In zoverre heeft de NZa er dan ook alle belang bij om bij de besluitvorming door de NMa betrokken te zijn. Slechts wanneer de NZa kan aantonen dat marktomstandigheden sedert de fusie gewijzigd zijn, lijkt er ruimte voor het amm-instrumentarium jegens de gefuseerde onderneming te bestaan.

Daarbij rijst de vraag wat de aard van de input van de NZa is en wat daarvan de toegevoegde waarde is in de mededingingsrechtelijke beoordeling die bij fusiecontrole plaatsvindt. Het antwoord wordt gegeven in randnummer 5 van de werkaafspraken en blijkt tweeledig: de zienswijze van de NZa bevat 'opmerkingen en aandachtspunten bij de (wijze van) marktafbakening en gaat in op de mogelijke gevolgen die de voorgenomen concentratie heeft op de werking van de markt zoals die binnen de doelstellingen van de Wet tarieven gezondheidszorg en de Zorgverzekeringswet voor geregelde marktwerking is beoogd.' Dat de NZa, als marktkenner bij uitstek, opmerkingen maakt over de wijze van marktafbakening door de NMa is, als gezegd, niet onlogisch. Dat is anders voor het tweede onderdeel. Indien de gevolgen van een concentratie tegen de doelstellingen van de Wtg en de Zvw indruisen, betreft dat immers geen aspecten die een rol spelen (of behoren te spelen) in de mededingingsrechtelijke beoordeling van fusies. Indien de NZa hierover toch zienswijzen formuleert, en de NMa zou menen deze zienswijzen over te moeten nemen, zou de NMa daarmee een marktmeesterschap op zich nemen dat de wetgever nu juist niet heeft voorgestaan. De input van de NZa in fusiezaken zou zich op marktinformatie en met name marktafbakening moeten richten, omdat dat het onderdeel is waar samenloop optreedt tussen de taken van NMa (bij de beoordeling of een machtspositie zal ontstaan) en NZa (die, als er sprake is van amm, eenzijdige maatregelen kan opleggen).

Het is tegen deze achtergrond interessant de zienswijzen die de NZa tot op heden heeft afgegeven te analyseren. Nu heeft de NZa ten tijde van het schrijven van deze bijdrage slechts een zienswijze ingediend¹⁸ in zes van de meer dan twintig concentratiezaken in de zorgsector die door de NMa sedert het ondertekenen van het protocol op 6 juni 2005 zijn beoordeeld. De reden van dat geringe aantal laat zich raden. Het inzetten van menskracht uitsluitend in die zaken die inhoudelijke knelpunten kunnen bevatten zal daarbij een rol spelen, hoewel in sommige van de recente vergunningsbesluiten van de NMa¹⁹ geen zienswijzen zijn ingediend. De NZa heeft overigens wel aangekondigd met zienswijzen te zullen komen inzake de aangekondigde grote fusies in de zorgverzekeringssector²⁰.

In de vergunningszaak Ziekenhuis Gooi-Noord/Ziekenhuis Hilversum van 8 juni 2005 kwam de NZa niet uit de precieze marktafbakening, maar concludeerde zij dat mocht er als gevolg van de fusie in de toekomst een machtspositie

ontstaan, zij zou kunnen ingrijpen. In het NMa-besluit inzake de fusie tussen de zorgverzekeraars CZ-OZ van 7 juli 2005 wees de NZa op de mogelijke regionalisering van de zorgverzekeringsmarkten, waardoor de fusie een geconcentreerde regionale markt zou kunnen bewerkstelligen. In de zaak tussen zorgverzekeraars VGZ-IZA-Trias²¹ van 23 november 2005 vermeldt het besluit slechts dat de NZa een zienswijze heeft ingediend; niet wat de inhoud was. De zienswijze in de zaak Zeeuwse ziekenhuizen²² van 18 november 2005 geeft de NZa over onderwerpen als toetredingsmogelijkheden, marktconcentratie, vraagmacht en efficiencyvoordelen input die nadrukkelijk blijkt geeft van haar specifieke marktkennis. Dat de NZa adviseert een vergunning te vereisen is overigens een conclusie die de NMa zelf ook al wel getrokken zou hebben, gezien de hoge gezamenlijke marktaandelen (tussen 80%-90%) van partijen op de relevante markten.

Bovenvermelde zienswijzen beperken zich tot datgene waar het de NMa, blijkens de werkwijze, om te doen was: het verschaffen van specifieke marktinformatie. Dat de NZa zover gaat om advies te geven over het eisen van een vergunning, valt ook nog wel met het karakter van een zienswijze te verenigen. De twee meest recente zienswijzen laten evenwel een trendbreuk zien. In de zaak Meander/Zorggroep Thuis van 13 april 2006 fuseren twee instellingen die onder andere extramurale AWBZ-zorg verlenen. Het oordeel van de NZa luidt dat 'niet aannemelijk is dat door de voorgenomen concentratie de marktstructuur zodanig wijzigt dat nadelige gevolgen zullen ontstaan voor publieke belangen, te weten: kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid²³'. Enigerlei input terzake van de markt wordt niet gegeven. In de zaak ZgNL-TML-LvGG van 24 mei 2006 wijst de NZa op de hoge marktaandelen en de toename van de HHI als gevolg van de fusie en concludeert zij dat de concentratie 'nadelige gevolgen lijkt te hebben voor de publieke belangen betaalbaarheid en kwaliteit²⁴'. De NMa besluit een vergunning te vereisen.

In deze twee zienswijzen verwijst de NZa voor het eerst in fusiezaken nadrukkelijk naar de taak, zoals deze reeds vanaf de Memorie van Toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel is neergezet²⁵ en zoals zij die in haar monitors expliciet volgt, doch die een wettelijke basis ontbeert. Het ogenschijnlijke spanningsveld met het reguliere fusietoezicht wordt daarmee niet kleiner. Hoe moet de NMa in de vergunningsfase van de zaak ZgNL-TML-LvGG het negatieve oordeel van de NZa over de gevolgen van de concentratie voor

18 Besluit van 23 november 2005 in zaak 5105, VGZ-IZA - Trias; Besluit van 7 juli 2005 in zaak 5052, CZ-OZ; Besluit van 18 november 2005 in zaak 5196, Ziekenhuis Walcheren - Stichting Oosterscheldeziekenhuizen; Besluit van 13 april 2006 in zaak 5518, Meander Zorggroep Thuis.

19 Zie bijvoorbeeld besluit van 11 augustus 2005 in zaak 4198/Proteion-TML-LvGG; besluit van 17 juni 2005 in zaak 4245/Vizier-De Wendel.

20 Zie NZa-monitor zorgverzekeringsmarkt juni 2006.

21 NMa-besluit zaak 5105.

22 NMa-besluit zaak 5196.

23 NMa-besluit zaak 5518.

24 Het belang 'toegankelijkheid' ontbreekt ditmaal, overigens zonder nadere uitleg.

25 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, o.a. blz 3.

de publieke belangen meewegen in haar zuiver mededingingsrechtelijke beoordeling van de fusie? Moet de NMa de aspecten betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit expliciet beoordelen? Dan zou de NMa op de marktmeestersstoel van de NZa gaan zitten en uit de Kamerstukken valt niet af te leiden dat dat de bedoeling van de wetgever zou zijn. Hier ligt een onderwerp dat op zijn minst verheldering behoeft: zowel door de NZa, die zal moeten aangeven welke rol zij in de fusiebeoordeling door de NMa meent te moeten spelen als door de NMa, die zal moeten aangeven op welke wijze de door de NZa gesignaleerde publieke belangen zich laten vertalen in een toets die past binnen de reguliere mededingingsrechtelijke beoordeling van fusies.

NMa – NZa in de praktijk: samenwerkingsovereenkomsten

Overeenkomsten met het karakter van een samenwerkingsverband worden eveneens uitsluitend door de NMa op grond van artikel 6 Mededingingswet beoordeeld. Juist op het gebied van samenwerkingsvormen worden in de zorgsector veel ontwikkelingen verwacht; samenwerkingsverbanden tussen ziekenhuizen²⁶ maar ook verticale relaties zijn denkbaar zoals de aangekondigde alliantie tussen VolkerWessels en het Diaconessenhuis²⁷. Ook de Minister van VWS roept op tot meer samenwerking. Gevolg geven aan die oproep kan leiden tot een breed scala aan overeenkomsten; van mededingingsrechtelijk neutrale samenwerkingsvormen, tot vrijgestelde specialisatieovereenkomsten²⁸, maar ook tot ongeoorloofde vormen van marktverdeling. De juiste kwalificatie zal niet altijd even eenvoudig zijn. Een overgangsmarkt als de zorgsector is dan ook gebaat bij een behoedzame aanpak zoals de NZa die voorstaat, wil zij innovatie een kans geven. De NZa heeft terzake van individuele overeenkomsten echter geen bevoegdheden. Dat brengt met zich mee dat zich evenmin een 'samenloop van bevoegdheden' voordoet als bedoeld in artikel 18 lid 3 Wmg, en er daarmee ook geen sprake is van het primaat van de NZa. Ook van complementaire bevoegdheden, waar het samenwerkingsprotocol over rept, is geen sprake. Het toezicht op individuele samenwerkingsovereenkomsten blijft dan ook het exclusieve terrein van de NMa.

Om de rechtszekerheid over een bepaalde overeenkomst te bevorderen kan de NZa de NMa om een informele zienswijze vragen. Dat heeft zin wanneer het gaat om een concreet en gestandaardiseerd soort overeenkomst, zoals het geval was terzake van het gebruikelijke overleg tussen zorgaanbieders en een collectief van verzekeraars over de door de instelling te leveren capaciteit. De NZa vroeg de NMa zich in een informele zienswijze uit te laten over de vraag of het vervallen van de contracteerplicht met zich meebracht dat deze wijze van collectief contracteren strijd opleverde met artikel 6 Mw. De zienswijze van de NMa hierover heeft veel duidelijkheid gecreëerd.²⁹ Als het er echter om gaat de NMa een standpunt te ontlocken over geoorloofde vormen van samenwerking heeft het vragen van een informele zienswijze weinig zin: het onderwerp is daarvoor naar zijn aard te divers, terwijl de crux

vaak zit in de bestaande onduidelijkheid over het afbakenen van verschillende zorgmarkten. De oplossing op dit terrein moet dan ook veeleer worden gezocht in terughoudend optreden van de toezichthouder: een houding die de NZa wel (zie hierna) maar de NMa niet zonder meer³⁰ is toevertrouwd. Zou de NMa niet bereid zijn zich middels een beleidsdocument te committeren tot een generiek terughoudend optreden, dan zou een nieuwe visie over zorgmarkten of zelfs een nieuwe groepsvrijstelling overwogen moeten worden. Hier ligt een taak voor de NZa in haar contacten met de NMa: om ruimte te creëren voor experimenten met samenwerkingsvormen die binnen het huidige regulatoire kader van Groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten en NMa-visie op zorgmarkten niet zijn vrijgesteld.

Marktmeester NZa – waakhond of schoothond?

De introductie van de NZa is binnenkort een feit. Het ziet er niet naar uit dat zij zich zal manifesteren als een waakhond die, zoals de NMa in haar startfase, haar tanden laat zien³¹. Uit bronnen als Kamerstukken, publicaties van de NZa, en informele uitlatingen in de pers blijkt dat de NZa een andere benadering voorstaat. Zo blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het gewijzigde wetsontwerp³² dat de NZa bij de uitvoering van het marktmeesterschap de volgende aanpak zal hanteren. Allereerst vindt een risicoanalyse plaats van de concurrentiebeperkingen die zich kunnen voordoen in de betreffende markt. Vervolgens vindt een externe consultatieronde plaats, waarna de analyse wordt uitgewerkt in een visiedocument, waarin ook de condities en instrumenten staan vermeld die nodig zijn voor een effectief toezicht op deze markt. Worden er knelpunten gesignaleerd, dan geeft de NZa voor de rechtszekerheid per knelpunt aan wanneer en hoe zij ingrijpt. Zo nodigt de NZa dit uit in beleidsregels, op grond waarvan zij optreedt.

Deze aanpak wordt in de praktijk al gevolgd. Per deelgebied waar de markt is of wordt vrijgegeven³³ publiceert de NZa op zeer regelmatige basis gedetailleerde en lezenswaardige consultatiedocumenten en visiedocumenten, waarin zij de deelmarkt in kwestie analyseert en aanbevelingen doet.

26 Zie over ziekenhuisallianties *Financieele Dagblad* 10 juli 2006: 'Overheid is rem marktwerking' door Paul Baeten.

27 Zie o.a. <http://www.nvilg.nl/nieuws>.

28 Groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten.

29 NMa Informele zienswijze vervallen contracteerplicht van 9 maart 2006. De NMa concludeerde dat ondanks het vervallen van de contracteerplicht, de wettelijke systematiek van de Wtg uitgaat van één overeenkomst tussen zorgverzekeraars en zorginstelling. Zonder collectief overleg tot één overeenkomst te komen lijkt niet mogelijk, zodat het overleg uit de systematiek van de wet voortvloeit. Daardoor is er geen strijd met artikel 6 Mw.

30 Besluit d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501-123 zoals gewijzigd bij besluit van 16 november 2004, Dienstapotheek Regio Assen; besluit d-g NMa van 15 november 2004 in zaak 3022-205, Stichting Automatisering gezondheidszorg Breda, besluit d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2688-157, Stadsapotheken Tilburg.

31 Zie NMa Jaarverslag 1998.

32 Eerste Kamer, vergaderjaar 2005/06, 30 186 D, blz. 3.

33 Zie noot 6.

Soms zijn dat aanbevelingen aan de minister. Zo adviseerde zij om de markt voor fysiotherapie nog niet geheel vrij te geven doch het experiment met vrije prijzen tot 1 januari 2008 te verlengen en om het B-segment in de ziekenhuiszorg voorlopig niet te vergroten, om geen risico's met betrekking tot publieke belangen te lopen. Soms ook zijn dat acties die zij zelf kan ondernemen, zoals het vergroten van de transparantie omtrent doorcontracteren in de thuiszorg. Dergelijke maatregelen zijn van een andere orde dan het beboeten van individuele ondernemingen: in zoverre zal de NZa zich niet het imago van bijtende waakhond kunnen aanmeten. De NZa zou dat waarschijnlijk ook niet willen: uit herhaalde publieke uitlatingen van de voorzitter van de NZa blijkt dat, om verschillende redenen, de NZa niet snel wil ingrijpen doch zal kiezen eerst te 'regeren met de wenkbrauwen'³⁴.

Tot slot

Met de introductie van de Wmg is Nederland een autoriteit rijker (en twee armer) met enkele nieuwe bevoegdheden. Mede door de naamgeving zullen de verwachtingen al snel hooggespannen zijn. Of de NZa deze verwachtingen zal waarmaken, moet worden afgewacht. Het inpassen van de nieuwe autoriteit in het veld van bestaande toezichthouders in de zorg is nog niet eenvoudig, zoals het spanningsveld tussen de taken van de NMa en de NZa onverminderd demonstreert. De NZa is een zichtbare autoriteit, maar van een dergelijke autoriteit zal ook handelend optreden gevraagd worden. In een wereld waar de publieke druk om snelle oplossingen voor lastige problemen vraagt, zal bovendien opvallen welke knelpunten de NZa niet kan oplossen: niet de prijs van de polis of collectieve prijsstijgingen, niet de toelating van studenten tot de medicijnenstudie ter vergroting van het aanbod of het afdwingen dat verzekeraars hun inkoopkracht inhoud geven, niet het inzegenen van individuele samenwerkingsovereenkomsten. Wat de NZa wel kan doen is de sector actief monitoren en knelpunten signaleren. Van die mogelijkheid maakt de NZa terecht dan ook ruimschoots gebruik.

34 Zie o.a. www.senecacongres.nl