

Marktordening in de gezondheidszorg

mr. W.T. Algera en mr. dr. J.J.M. Sluijs¹

gepubliceerd in:

SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht, afl. 5, mei 2007, p. 177 t/m 190

Met de Wet Marktordening Gezondheidszorg is per oktober 2006 specifieke regelgeving geïntroduceerd, die stapsgewijs de marktwerking in de gezondheidszorg moet maken en bewaken. De Nederlandse Zorgautoriteit en de Nederlandse Mededingingsautoriteit zijn belast met het markttoezicht in deze sector. Hun beider handhavingsbeleid is nog niet uitgekristalliseerd en ontmoet Europese marktnormen. In het artikel wordt de marktordening volgens de Wet Marktordening Gezondheidszorg en de Mededingingswet onder de loep genomen.

1. Inleiding

Met de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG) is per oktober 2006 specifieke regelgeving geïntroduceerd, die stapsgewijs de marktwerking in een deel van zowel het zorgverlenings- als het zorgverzekeringstelsel moet maken en bewaken. De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), die sinds 1 mei 2004 als CTG/Zaio kwartier maakte, houdt daarop toezicht. Behalve dit sectorspecifieke kader geldt voor onderdelen het algemene mededingingsrecht. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) houdt daarop sinds 1998 toezicht. De NZa en de NMa zijn beide actief op een speelveld waarop de lijnen steeds wat worden verlegd. Enerzijds is er de politieke keuze die bepaalt waar (een vorm van) marktwerking als regulerend mechanisme zal gelden, een proces dat midden van de jaren '90 geleidelijk in werking is gezet en waarvan de WMG het sluitstuk vormt. Anderzijds is onzeker hoe het nieuwe reguleringskader en het bestaande algemene mededingingsrecht combineren met bestaande onzekerheden vanwege nog niet beantwoorde rechtsvragen. Bovendien is er geen sectorspecifieke Europese regelgeving (en toezichthouder) waarop kan worden teruggevallen.

In dit artikel worden beide vormen van marktordening (van WMG en Mededingingswet) onder de loep genomen. Allereerst wordt de (veranderende) zorgwetgeving beschreven (par. 2) met daarin de rol van de beide toezichthouders (par. 3 en 4). Aansluitend bespreken wij twee open vragen met betrekking tot de bijzondere aard van de sector (par. 5). Het betreft de vraag over de toepasselijkheid van het mededingingsrecht en in hoeverre sprake is van diensten van algemeen (economisch) belang. Beide vraagstukken bevatten potentiële risico's voor het stelsel. Ten slotte noemen wij kort de eerste ervaringen met het stelsel en de voornemens uit het Regeerakkoord 2007 en verkennen wij enkele dreigingen en initiatieven vanuit het Europese recht (par. 6). Daarbij gaan wij in op het recente *Health Initiative* van de Europese Commissie en op mogelijke spanningen in de relatie tussen de WMG en het vrije verkeer van diensten en van vestiging.

¹ Beiden advocaat te Den Haag.

2. Veranderende zorgwetgeving in Nederland

Nadat eerder voorzichtig de eerste ervaringen met concurrentie waren opgedaan,² koos het vorige kabinet definitief voor een stelsel van gereguleerde marktwerking. Centrale aanbodsturing werd daarmee als uitgangspunt verlaten en gereguleerde marktwerking werd ingevoerd, waarbij de verantwoordelijkheid voor en de besluitvorming in de zorg decentraal bij marktpartijen werd gelegd. Met name de zorgverzekeraars hebben daarbij een belangrijke rol toebedeeld gekregen. De overheid garandeert evenwel als systeemverantwoordelijke de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de zorg. Het regulerende element schuilt in het wegnemen van marktimperfecties als kennisasymmetrie en risicoselectie.³

De NZa heeft een uiteenlopend pakket met taken en bevoegdheden. Voor een goed beeld zetten wij hierna eerst de hoofdlijnen van het nieuwe zorgstelsel en de gekozen ordeningsvorm uiteen. Als zovaak betekent meer markt niet automatisch ook minder regels. De stelselherziening heeft dan ook geleid tot vervangende wetgeving op verschillende vlakken. Versimpeld weergegeven werd enerzijds een nieuw verzekeringsstelsel ingevoerd via de Zorgverzekeringswet. De omschakeling van vraagsturing naar aanbodsturing anderzijds werd vorm gegeven via de Wet Toelating Zorginstellingen, de Wet Herziening Overeenkomstenstelsel Zorg en de WTG-ExPres. De WMG brengt de beide trajecten samen als sluitstuk van de stelselherziening.

2.1 Systeem en mechanismen

Achtergrond van de stelselwijziging is de (toekomstige) betaalbaarheid van de zorg. De moeilijkheid van de kostenbeheersing in de zorg schuilt met name in de driehoeksrelatie tussen consument, zorgverlener en verzekeraar, waarbij onder het oude stelsel de gevolgen van de individuele acties van de partijen voor henzelf niet direct zichtbaar waren. Met name de overheid probeerde als derde het gedrag bij te sturen. Vanwege de centrale besluitvorming (via budgettering) werden partijen niet gestimuleerd de zorgconsumptie beperkt af te nemen (consument) of in te zetten (zorgverlener). Er was met andere woorden geen rechtstreekse corrigerende terugkoppeling. De overheid en de verzekeraars probeerden deze kosten op kunstmatige wijze verder te beheersen.⁴

Wanneer met een marktbril naar deze drie partijen wordt gekeken, kunnen drie markten worden onderscheiden. Dit driehoekige stroomschema bestaat uit de verzekeringsmarkt (consument – verzekeraar), de zorginkoopmarkt (verzekeraar – zorgaanbieder) en de zorgverleningsmarkt (consument – zorgaanbieder). Via verlegging van de corrigerende prikkels maken partijen zelf een afweging tussen baten en lasten, met als resultaat verhoogde efficiency. De zorgconsument moet prijsbewuster worden en daarmee de verzekeraar prikkelen efficiënt en servicegericht te werken en goedkoop bij de zorgverlener in te kopen. Deze consument zal tegelijkertijd wel kwaliteitseisen stellen aan de zorg door de zorgverlener. Dit dwingt de zorgverlener om zijn patiënten met goede zorg te lokken. De verzekeraar op zijn beurt zal de zorgverlener daarbij dwingen om de kosten voor deze kwaliteit zo laag mogelijk te houden en kan via onderhandelingen de prijs drukken of zelfs geen contract afsluiten met een zorgverlener. De verzekeraar zal zijn verzekerden daarbij echter ook zoveel mogelijk keuzevrijheid willen laten,

² Zo werd in de jaren '90 verzekerden keuzevrijheid geboden bij welk ziekenfonds zij zich aansluiten. Ook werd in 1992 de contracteerplicht voor ziekenfondsen voor zorg van vrije beroepsbeoefenaren afgeschaft met tegelijk introductie van maximumtarieven.

³ *Kamerstukken II* 2003-04, 29 763, nr. 3, p. 3.

⁴ Bijv. door het vereisen van eigen bijdragen van patiënten en het stellen van maximum en vaste tarieven voor het zorgaanbod.

zodat hij bij zijn contracteerbeleid wel gecorrigeerd wordt. Het beoogde resultaat is een noodzakelijke zorgconsumptie die efficiënt wordt geleverd tegen concurrerende prijzen, met bovendien een verbeterde dienstverlening. Vooral de zorgverzekeraars hebben in die operatie een belangrijke rol. De zorg is wel een kwetsbare bijzondere sector met verschillende kenmerken die het publieke belang van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid voor iedereen kunnen belemmeren. Dit marktfalen omvat een gebrek aan transparantie, informatieasymmetrie, afhankelijkheidsrelaties en *moral hazard* (risicomijding).⁵ Dergelijk marktfalen kan worden tegengegaan door het stellen van nadere regels met effectief toezicht.

2.2 Aanpassing van het verzekeringstelsel

De eerste lijn en de voor de consument meest zichtbare wijziging is de invoering per 1 januari 2006 van de Zorgverzekeringswet met een verplichte uniforme basisverzekering.⁶ De consument sluit die af met een van de private zorgverzekeraars (er is dus geen sprake van verzekering van rechtswege).⁷ Aan de vrijheid die hoort bij private zorgverzekeraars zijn beperkingen gesteld. De verzekeraars kunnen op winst zijn gericht, maar zij mogen niet discrimineren naar verzekerde (geen risicoselectie en prijsdifferentiatie naar verzekerde).⁸ Kortingen voor collectiviteiten zijn wel mogelijk.⁹ De consument kan jaarlijks van verzekeraar wisselen. Bij welke zorgverlener hij zorg afneemt is afhankelijk van de afspraken die hij met zijn zorgverzekeraar heeft gemaakt. Grofweg de helft van de inleg voor de basisverzekering wordt door de overheid van de werkgevers geïnd, op basis van het inkomen van de werknemer. Dit wordt gestort in een zorgverzekeringsfonds, waarin ook de afzonderlijke rijksbijdragen voor de kinderen tot 18 jaar worden gestort, die gratis zijn meeverzekerd (art. 39 en 40 Zvw). De gelden uit dit risicovereveningsfonds worden door het College voor zorgverzekeringen over de zorgverzekeraars verdeeld op basis van het risicoprofiel van hun verzekerdenbestand (art. 32 Zvw). De andere helft van de inkomsten heft de zorgverzekeraar in de vorm van een nominale premie van zijn verzekerden. De overheid betaalt daarvoor aan de laagste inkomens een inkomensafhankelijke zorgtoeslag.¹⁰

De basisverzekering uit de Zorgverzekeringswet omvat de op genezing gerichte zorg (curatieve zorg). De zorgverzekeraars zijn tegelijkertijd ook de uitvoeringsorganen van de langdurige zorg uit de AWBZ (care).¹¹ Zorgkantoren voeren deze taken uit namens de verzekeraars. De AWBZ-verzekering en de basisverzekering tezamen omvatten de zorg die de overheid in sociale verzekeringen heeft opgenomen op basis van internationale verplichtingen en maatschappelijke opvattingen.¹² Een deel daarvan wordt derhalve door de overheid verstrekt in de AWBZ (care) en een deel via de markt via de Zorgverzekeringswet (cure). Met de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) zijn per 1 januari 2007 delen van voorheen AWBZ-

⁵ Marktimperfecties, zie *Kamerstukken II* 2003-04, 29 763, nr. 3, p. 9

⁶ Voor een uitvoerige en verhelderende beschrijving van de geschiedenis van de zorgwetgeving in Nederland en de totstandkoming van de Zorgverzekeringswet zie: G.J.A. Hamilton, 'Een zorgverzekering die past in Europa', *SEW* 2005, 78.

⁷ Zie voor de principiële discussie over de vormgeving van de curatieve zorg *Kamerstukken II* 2003-04, 23 619, o.m. nr. 20.

⁸ Art. 17 Zvw.

⁹ Art. 18 Zvw.

¹⁰ Wet op de zorgtoeslag Stb. 2005, 369. Voor de toeslag wordt de gemiddelde premie in de markt als uitgangspunt gehanteerd.

¹¹ AWBZ-zorg omvat de zware medische risico's die privaats onverzekerbaar zijn, zoals verblijf in een inrichting voor gehandicapten, verblijf in een verpleeghuis en langdurig ziekenhuisverblijf. Zorgverzekeraars kunnen zich aanmelden voor de uitvoering van de AWBZ (art. 33 AWBZ).

¹² *Kamerstukken II* 2003-04, 29 763, nr. 3, p. 39.

zorgtaken, taken uit de Welzijnswet en de Wet Voorzieningen Gehandicapten overgeheveld naar de gemeenten.¹³

Naast deze voor iedereen beschikbare zorg zijn er de aanvullende verzekeringen. Het afsluiten daarvan wordt echter geheel aan het oordeel van de verzekerde overgelaten. Pakketomvang, acceptatiebeleid en premiestelling zijn ook vrij. Met de Zorgverzekeringswet zijn de oude verzekeringswetten ingetrokken, te weten de Ziekenfondswet, de Wet Toegang Ziekttekostenverzekeringen 1998 en de Wet Medefinanciering Oververtegenwoordiging Oudere Ziekenfondsverzekerden.

2.3 Van centrale aanbodsturing naar vraagsturing

De tweede lijn van veranderingen is wie de beslissingen neemt hoeveel en welke zorg waar beschikbaar is tegen welke tarieven.¹⁴ Kern van het oude systeem, bekend als het stelsel van ‘centrale aanbodsturing’, bestond uit de (omgekeerde) contracteerplicht. Enerzijds waren de ziekenfondsen en AWBZ-uitvoeringsorganen verplicht om op verzoek binnen hun werkgebied met iedere instelling die dat wilde en die tot het wettelijk pakket behorende zorg kon verlenen, overeenkomsten te sluiten (contracteerplicht). Anderzijds diende deze instelling dezelfde overeenkomst te sluiten met andere ziekenfondsen en uitvoeringsorganen die dat wensten (omgekeerde contracteerplicht). Onder het oude zorgstelsel bepaalde de overheid waar ziekenhuizen en andere zorginstellingen werden gevestigd (Wet Ziekenhuisvoorzieningen).¹⁵ Een ander sturingsinstrument was de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG), waarmee de ‘aanvaardbare kosten’ werden vastgesteld die aan verzekeraars mochten worden doorberekend in de vorm van goedgekeurde (maximum)tarieven.¹⁶ De (omgekeerde) contracteerplicht gold niet voor particuliere verzekeraars, maar de WTG en de beleidsregels van het College voor gebudgetteerde instellingen leidden ertoe dat ook de particuliere verzekeraars bij de onderhandelingen aan tafel zaten.¹⁷

In het stelsel van vraagsturing is ruimte voor selectie in plaats van een (omgekeerde) contracteerplicht en wordt uitgegaan van het risico voor de zorgverlener en het beginsel van kostenoriëntatie. Voor de bouw en exploitatie van een zorginstelling geldt sinds 1 januari 2006 in beginsel vrijheid. Enkel de door de Minister aangewezen categorieën instellingen, die uit de

¹³ De AWBZ-zorg omvat enkel nog de zeer ernstige en langdurige zorg. Onder de WMO valt nu onder meer steun bij het huishouden, vervoer en welzijn. Zie de factsheet die het Ministerie van VWS hierover heeft ontwikkeld. De wet doet een aanspraak op de zelfredzaamheid van de burger en wil mantelzorgers ondersteunen. In de gevallen waarin dat niet gaat, wordt deze ondersteuning via de gemeentelijke overheid verleend door de zorgverleners met wie de gemeente een contract heeft afgesloten. Financiering vindt plaats via het gemeentefonds. Voor de visie op Zorg en maatschappelijke ondersteuning, zie *Kamerstukken II* 2003-04, 29 538, nr. 1.

¹⁴ De eerste lijn betreft de aanpassing van het verzekeringstelsel. Deze tweede lijn wordt wel de aanpassing van het ‘zorgstelsel’ genoemd. *Kamerstukken II* 2003-04, 27 659, nrs. 15 en 16.

¹⁵ Omdat de afgenomen hoeveelheid min of meer vaststond (mede als gevolg van de spreiding) waren uitbreidingsinvesteringen zonder veel risico’s.

¹⁶ Uitgangspunt van de WTG was tarifiering via onderhandeling tussen de krachtens de wet aangewezen aanbieders en verzekeraars op lokaal niveau. Ook konden tussen landelijke representatieve organisaties maximumtarieven worden afgesproken (Besluit Werkingssfeer WTG 1992; Besluit werkingssfeer maximumtarieven WTG; Vrijstellingsbesluit WTG). De aldus overeengekomen tarieven werden door het CTG aan de beleidsregels uit de WTG getoetst, welke door partijen, het CTG of de Minister werden vastgesteld en door de Minister waren goedgekeurd.

¹⁷ WTG ExPres, *Kamerstukken II* 2003-04, 29 379, nr. 3. Met de WTG-ExPres werden mogelijkheden tot experimenten met prijsvorming in de WTG geïntroduceerd.

AWBZ of de Zorgverzekeringswet worden gefinancierd, hebben op basis van de Wet Toelating Zorginstellingen een toelating nodig – al dan niet onder voorwaarden – om te kunnen bouwen en exploiteren.¹⁸ Echter ook voor een groot aantal van deze categorieën is winststreven mogelijk.¹⁹ De investeringsbeslissing is daarmee de verantwoordelijkheid van zorginstellingen. De overgang vindt geleidelijk en gedifferentieerd plaats. De overeenkomsten tussen het uitvoeringsorgaan en de AWBZ-zorgaanbieder zijn niet langer verplicht voor zover het extramurale AWBZ-zorg betreft (Wet Herziening Overeenkomstenstelsel Zorg).²⁰

Een belangrijke voorwaarde voor geregleerde marktwerking was de overgang naar een prestatiegeoriënteerd bekostigingssysteem, via de WTG-ExPres.²¹ Deze prestaties zijn de zogenaamde diagnose behandelcombinaties (DBC), waarin de kosten voor een bepaalde behandeling zijn toegerekend, en die sinds 1 januari 2005 worden toegepast. Een DBC omvat het geheel van activiteiten en verrichtingen van ziekenhuis en medisch specialist voortvloeiend uit de zorgvraag van de patiënt.²² Behalve ziekenhuizen werken ook zelfstandige behandelcentra, privéklinieken en zelfstandig gevestigd medisch specialisten op basis van DBC.

Bij zorginkoop wordt een aantal type markten onderscheiden al naar gelang zij geschikt zijn voor vrije prijsvorming en investering. Het ene uiterste van de slinger is *markttype I* dat de zorg omvat die niet kan worden vrijgelaten, omdat de markt teveel falen vertoont. Deze markt wordt blijvend budgettair bepaald. Voorbeelden zijn medisch onderzoek, topklinische/toppreferente (academische) zorg en acute zorg. Het andere uiterste van de slinger is *markttype III* en omvat de zorg die volledig vrij is. Deze markten voldoen aan de voorwaarden voor vrije concurrentie en vertonen geen of weinig marktfalen. Hieronder vallen bijvoorbeeld kraamzorg, psychotherapie, fysiotherapie en het B-segment van de DBC's uit de ziekenhuiszorg.²³ *Markttype II* ten slotte bevat de deelmarkten die op termijn (zo veel mogelijk) overgaan op vrije prijsvorming en investering en zonodig een zekere vorm van (prijs)regulering behouden. Voor dit type wordt bijvoorbeeld maatstafconcurrentie ingevoerd. Maatstafconcurrentie is een vorm van price-cap regulering die gebaseerd is op het onderling vergelijken van prestaties van bedrijven. Met maatstafconcurrentie wordt beoogd de werking van concurrerende markten na te bootsen.

¹⁸ Art. 5, lid 1 WTZi. Deze categorieën zijn vastgesteld in het Uitvoeringsbesluit WTZi (Stb. 2005, 575). Voor de toelating zijn beleidsregels opgesteld (Stcrt. 2006, 21). Bijv. ziekenhuizen, kraamzorg, mondzorg.

¹⁹ Art. 5, lid 2 WTZi jo. art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi. Bijv. huisartsenzorg, kraamzorg en ziekenvervoer.

²⁰ Stb. 2005, 27.

²¹ *Kamerstukken II* 2003-04, 29 739, nr. 3.

²² Het gaat hier om zowel medische als medisch ondersteunende verrichtingen, zoals polikliniekbezoeken, verpleegdagen en aantal dagen dagverpleging. De DBC benoemt elke stap in de behandeling van de patiënt, van het eerste consult of onderzoek tot en met de laatste controle (het zogenaamde zorgpad). In principe is elke diagnose te vertalen naar een DBC. Om de prijs van een DBC te bepalen, is aan de stappen in het zorgproces zowel het middelenbeslag van het ziekenhuis als de werklast van de medisch specialist (honorarium) gekoppeld. Deze kosten van de activiteiten en verrichtingen bepalen de kosten van de desbetreffende DBC. Zie uitgebreid www.dbconderhoud.nl.

²³ Het B-segmentzorg omvat de zorg ten aanzien waarvan het ziekenhuis vrij is het tarief te bepalen. Zulks in tegenstelling tot het A-segment (de vooralsnog meer 'complexe' zorg) waarvoor nog steeds vaste tarieven gelden. Het B-segment (thans nog 10% van de ziekenhuiszorg) omvat zorg van o.a. de specialismen: heelkunde, KNO, oogheelkunde, orthopedie, urologie en reumatologie. Voorbeelden van B-segment zorg zijn resp.: liesbreuk en spataderen, keel- en neusamandelen, staaroperatie, heup- en knieoperaties artrose, niersteenbehandeling en jicht.

Een groot deel van de zorg kent derhalve nog geen vrije prijsvorming. De vrije prijsvorming beperkt zich met name nog tot het B-segment uit de ziekenhuiszorg,²⁴ de fysiotherapeuten en de (eerstelijns) psychotherapie. Voor de vrije beroepsbeoefenaars die zorg aanbieden gold al de mogelijkheid om te concurreren, omdat de vastgestelde tarieven als maximumtarieven gelden (bijvoorbeeld huisartsen). Met name de zelfstandige behandelcentra (ZBC) hebben de mogelijkheid om de concurrentie met de ziekenhuizen aan te jagen.²⁵ Zij mogen niet-klinische zorg in het A-segment en alle zorg in het B-segment aanbieden. De vaste tarieven voor de niet-klinische A-segmentzorg gelden dan als maximumtarieven.²⁶ De prijzen die ZBC's in rekening brengen, zijn volgens de NZa gemiddeld 10% tot 20% lager dan die van ziekenhuizen. Door hun vooralsnog beperkte massa in de totale ziekenhuisomzet is het corrigerende effect echter beperkt.²⁷ Ook als gevolg van een andere bekostigingsstructuur is thans nog geen sprake van een *level playing field*. ZBC's zijn immers niet gebudgetteerd en profiteren daarom niet van een gegarandeerde kapitaallastenvergoeding, die in de budgettering van ziekenhuizen wel wordt meegenomen.

3. Specifiek Zorgtoezicht

Er bestaan dus al enige tijd mogelijkheden voor marktwerking, zowel op bepaalde zorgmarkten als tussen zorgverzekeraars. De WMG die per 1 oktober 2006 in werking is getreden regelt de oprichting van de NZa, de relatie van de NZa tot de Minister en andere toezichthouders en stelt de taken en bevoegdheden van de NZa vast. De wet vormt het sluitstuk van de stelselwijziging en voorziet in het regulatorisch toezicht voor zowel de zorgverlenings- en inkoopmarkt, als voor de verzekeringen. De NZa heeft een breed takenpakket, dat zowel ex ante mededingingstoezicht, als het reguleren van tarieven en prestaties omvat, alsmede het toezicht houden op de rechtmatige uitvoering door zorgverzekeraars en zorgkantoren van de Zorgverzekeringswet en de AWBZ. De NZa let vooral op de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg en kan regulerend – sturend – optreden wanneer de markt faalt. Dat wil zeggen wanneer bij een 'gewone' of 'gezonde' marktwerking één of meer van genoemde aspecten niet langer is gewaarborgd.

3.1 Bestuurlijke inbedding

De NZa is het resultaat van de samenvoeging van twee toezichthouders (College Tarieven Gezondheidszorg en College Toezicht Zorgverzekeringswet) op de beide voornoemde sporen.²⁸ De taken zijn aangepast en uitgebreid conform de stelselwijziging. De NZa is een zbo met rechtspersoonlijkheid en bestaat uit de raad van bestuur met ten hoogste drie leden, die drie

²⁴ Het honorarium van medisch specialisten is voor elk ziekenhuis min of meer gelijk. Het normbedrag is van overheidswege vastgesteld en bedraagt (volgens de laatste berichten) per 1 januari 2008 €132,50 per uur. Van dit normbedrag kan maximaal €6,- worden afgeweken.

²⁵ Zij dienen te worden onderscheiden van privéklinieken, die enkel onverzekerde zorg mogen aanbieden, en zelfstandig gevestigde medisch specialisten.

²⁶ Zie uitgebreid NZa, De rol van ZBC's in de ziekenhuiszorg (monitorspecial), januari 2007

(www.nza.nl).

²⁷ Ibid.

²⁸ Het CTG gaf uitvoering aan de WTG. Het CTZ hield toezicht hield op de uitvoering van de Ziekenfondswet en de AWBZ. De samenvoeging van de beide toezichthouders vond plaats in januari 2005, derhalve voordat het wetsvoorstel voor de WMG werd ingediend (1 juli 2005). Vgl. *Kamerstukken II 2003-04*, 29 324, nr. 3. p. 7. Vanaf de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet tot aan de inwerkingtreding van de WMG hielden het College voor Zorgverzekeringswet en het College Toezicht op de Zorgverzekeringswet toezicht op de zorgverzekeraars.

maal vier jaar kunnen worden benoemd door de Minister.²⁹ De medewerkers van de NZa zijn in dienst van het rijk.

De minister van VWS kan de NZa een algemene aanwijzing geven over de taken en onderwerpen op het terrein van de NZa, maar die mogen geen betrekking hebben op een individuele zorgaanbieder, verzekeraar of consument.³⁰ Het budget van de NZa wordt door de minister van VWS vastgesteld en aan hem legt de NZa ook financiële verantwoording af. De NZa vormt de oren en ogen van de Minister. Zo verricht zij op zijn verzoek onderzoek naar voorgenomen beleid en communiceert (on)gevraagd over feitelijke ontwikkelingen.³¹ De zorgautoriteit moet vooral als technisch uitvoerder worden gezien. Per amvb of via een aanwijzing van de Minister wordt namelijk bepaald welke soort tariefregulering wordt gehanteerd voor welke zorg en waar een experiment mogelijk is.³²

Vanwege de veelvoud aan toezichthouders in de zorgsector, is een goede samenwerking noodzakelijk. Bijvoorbeeld in geval van samenloop van bevoegdheden en bij gezamenlijk gebruik van begrippen, maar ook voor de beoordeling van de kwaliteit van zorgaanbieders is samenwerking noodzakelijk.³³ Om de samenwerking goed te laten verlopen schrijft de wet met alle toezichthouders samenwerkingsprotocollen voor.³⁴ In dat kader is de uitwisseling van gevoelige informatie, die de NZa verzamelt, strikt gereguleerd.³⁵

3.2 Taken en bevoegdheden van de NZa

De belangrijkste taken zijn a) markttoezicht, marktontwikkeling, tarief- en prestatieregulering op de drie zorgmarkten; b) toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Zorgverzekeringswet door de zorgverzekeraars en c) toezicht op de rechtmatige en doelmatige uitvoering van de AWBZ.³⁶ De taken b) en c) verricht de NZa door het jaarlijks rapporteren op basis van onderzoek van derden en eigen onderzoek.³⁷ Het toezicht uit hoofde van taak a) omvat een grote verscheidenheid aan activiteiten. Het kabinet heeft – ondanks kritiek van de Raad van State – omwille van effectiviteit en efficiency ervoor gekozen het voorheen gescheiden toezicht in één hand te brengen.³⁸

²⁹ Art. 3 en 4 WMG. Alleen de eerste 4 jaar kunnen er 4 leden zijn (art. 122 WMG).

³⁰ Art. 7 WMG.

³¹ Art. 21 en 22 WMG.

³² Art. 2, lid 2 en art. 59, jo. 57, lid 4 en 58 WMG. *Kamerstukken II* 2004-05, 30 186, nr. 4, p. 6.

³³ Bij samenloop van bevoegdheden van de NZa en de NMa worden eerst de mogelijkheden van de WMG benut. Andersom worden begrippen conform het algemeen mededingingsrecht uitgelegd (art. 18 WMG); amendement Schippers *Kamerstukken II* 2005-06, 30 186, nr. 37. Verder is het oordeel van de Inspectie voor de Gezondheidszorg over de kwaliteit van zorgaanbieders leidend (art. 19 WMG).

³⁴ Art. 17 WMG.

³⁵ Art. 60 WMG e.v.

³⁶ Art. 16 WMG noemt daarnaast nog expliciet het toezicht op verzekeringsovereenkomsten op afstand (41 t/m 43 WMG) en toezicht op toezicht op zorgverzekeraars wanneer deze stopt met de uitvoering van zorgverzekeringen.

³⁷ Art. 24 t/m 31 WMG.

³⁸ De kritiek van de Raad over de vele bevoegdheden in één hand pareerde de Minister met de vaststelling dat het de Minister is die de gevoelige keuzes maakt en de NZa deze slechts uitvoert. *Kamerstukken II* 2004-05, 30 186, nr. 4, p. 4 en 6.

I - Marktonderzoek

De NZa kan (ambtshalve) onderzoek doen (en de resultaten openbaar maken) naar de concurrentieverhoudingen en marktgedrag.³⁹ Dit vormt een essentieel onderdeel van haar taken en staat dan ook terecht voorop in dit hoofdstuk uit de wet. Op basis van de resultaten uit dergelijke onderzoeken gebruikt zij haar overige bevoegdheden. Daarnaast dient het ter informatie van de beleidsmakers. Eenieder (dus niet enkel een marktpartij) is daarbij verplicht de gevraagde gegevens te verstrekken.⁴⁰

De NZa heeft in dat verband in de afgelopen periode een indrukwekkende hoeveelheid werk verzet. In de onderzoeken hanteert de NZa een onderscheid in consultatiedocumenten, visiedocumenten en monitordocumenten. Deze documenten hangen onderling sterk samen en vormen het stramien waarlangs het beleid wordt gevormd en vervolgens de effecten worden gemeten. Consultatiedocumenten dienen ter informatie en consultatie van marktpartijen over voorgenomen beleid. Deze leiden steeds tot een visiedocument, waarin de NZa de voorwaarden beschrijft voor bevordering van de concurrentie op de betreffende zorgmarkt. In de monitordocumenten volgt de NZa de ontwikkelingen op de betreffende zorgmarkt, waar op basis van dat beleid, 'vormen van vrijheid' zijn of worden geïntroduceerd.⁴¹ Naast dit beleidsmatige traject heeft de NZa een groot aantal onderzoeken, rapportages, richtsnoeren, strategiedocumenten, kerncijfers en analyses over de zorg beschikbaar op haar website.⁴²

II - Algemene verplichtingen voor zorgaanbieders en verzekeraars

Het belangrijkste instrument betreft natuurlijk de vrije prijsvorming of tariefregulering van prestaties (DBC's). De tariefregulering en prestatiebeschrijving vallen min of meer samen met het oude WTG-instrumentarium. Het overgrote deel van de zorg wordt op dit moment op deze wijze gereguleerd. Gegeven de terughoudende opstelling in het regeerakkoord zal dat reguleringsinstrument vooralsnog ook belangrijker zijn dan het toezicht op vrije prijsvorming. De tariefregulering geldt enkel voor zover de NZa-beleidsregels voorschrijven dat er een vast tarief dan wel een minimum-, maximum-, of bandbreedtetarief geldt (ook dit geschiedt op basis van een Aanwijzing van de Minister).⁴³ Dit tarief- en prestatie-instrument is vormgegeven via een verbod voor een zorgaanbieder om een tarief in rekening te brengen (of voor een zorgverzekeraar om een tarief te betalen) voor prestaties zonder goedgekeurde prestatiebeschrijving en daarvoor een ander tarief te rekenen dan door de NZa is vastgesteld.⁴⁴ De NZa toetst op aanvraag het door verzekeraars en zorgaanbieders onderhandelde resultaat (prestatie en tarief) aan haar beleidsregels en kan beide aanpassen.⁴⁵ In geval van vaste tarieven zijn dergelijke onderhandelingen uiteraard overbodig. Het verschil met het oude stelsel is dat onder de WMG bepaalde markten of prestaties aan de tariefregulering worden onttrokken. Er

³⁹ Art. 32 en 33 WMG.

⁴⁰ Art. 61 e.v. WMG, waarbij de NZa over de bevoegdheden uit afd. 5.2 Awb beschikt.

⁴¹ Tot nu verschenen in dit stramien één of meer (omvangrijke) documenten over achtereenvolgens de ziekenhuiszorg, fysiotherapie, extramurale AWBZ-zorg, het B-segment, de zorgverzekeringsmarkt, het theoretisch kader liberalisering vrije beroepen, het toetsingskader en criteria voor ontwikkeling DBC-systemen en over Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) in de zorg, en een special over ZBC's.

⁴² Zie www.nza.nl/nza/publicaties. Daarnaast werkt de NZa (mee) aan meer fundamenteel onderzoek naar de beste wijze om concurrentie te stimuleren en te meten.

⁴³ Beleidsregels worden op grond van art. 57 t/m 59 WMG vastgesteld.

⁴⁴ Dit verbod is opgenomen in art. 35 WMG. Art. 50 t/m 55 WMG betreft het vaststellen van prestaties en tarieven voor niet-vrijgegeven markten. Art. 56 betreft enkel de vaststelling op aanvraag van prestatiebeschrijvingen voor vrijgegeven prestaties.

⁴⁵ Het onderhandelingsmechanisme is geregeld in art. 50 en 51 WMG. De aanpassingsbevoegdheden van de NZa zijn in art. 52 t/m 55 WMG vastgelegd.

geldt daar nu vrije prijsvorming. Het vrijgeven geschiedt ofwel bij amvb⁴⁶ ofwel via de NZa-beleidsregels die dan een aanwijzing van de Minister behoeven.⁴⁷ Wel moet er een prestatiebeschrijving door de NZa zijn vastgesteld.⁴⁸ De flexibiliteit van het systeem schuilt in de mogelijkheid om verschillende soorten tarieven voor te schrijven en op kleine of grote schaal te experimenteren met concurrentie⁴⁹ wat uiteindelijk tot vrije prijsvorming kan leiden.

Een tweede instrument en een voor een goede werking op alle drie de zorgmarken essentiële voorwaarde is een transparante informatievoorziening. Voor zorgaanbieders en zorgverzekeraars geldt een duidelijke en niet-misleidende informatieplicht jegens de consument evenals bepalingen van consumentenbescherming in geval van verzekeringen op afstand.⁵⁰ De NZa wacht vooralsnog private initiatieven af voor kwaliteitsvergelijking.⁵¹

Een derde (in potentie krachtig) instrument betreft de mogelijkheid om regels te stellen over de wijze van totstandkoming van overeenkomsten (art. 45 WMG). Hoewel in de Memorie van toelichting wordt gesteld dat deze bevoegdheid strikt is gelimiteerd en beperkt tot het bevorderen van de inzichtelijkheid van zorgmarkten of het bevorderen van de mededinging daarop, laat de bepaling als zodanig veel ruimte voor de NZa.⁵² Het gaat dan onder andere om het tegengaan van onredelijke betalingscondities, onredelijk lange contracttermijnen, exclusieve levering of onredelijke voorwaarden bij het opzeggen van het contract. Wanneer van dergelijke onredelijke voorwaarden sprake is en hoe daar tegen kan worden opgetreden, wordt uit de wetsgeschiedenis niet duidelijk. Meijer wijst op de mogelijke strijd die kan ontstaan met de verplichting uit artikel 3, lid 2 Vo. 1/2003, dat geen nationaal mededingingsrecht toelaat dat strenger is dan het kartelverbod uit artikel 81 EG.⁵³ Zij onderkent wel dat sprake moet zijn van beïnvloeding van de interstatelijke handel en dat het gedrag volgens artikel 81 EG verboden moet zijn.⁵⁴ Het zou ons echter niet verbazen als de wetgever met name doelde op eenzijdig handelen van een marktpartij, waarvoor strengere regels wel zijn toegestaan op basis van artikel 3, lid 2 Vo. 1/2003. Het is derhalve interessant hoe de NZa deze bevoegdheid zal invullen.

III-AMM-verplichtingen

Zorgverzekeraars en zorgaanbieders met aanmerkelijke marktmacht (AMM) kan de NZa specifieke verplichtingen opleggen (art. 48). Voor dat begrip geeft de wet een eigen definitie, die aansluit bij de bekende United Brands uitleg.⁵⁵ De verplichtingen kunnen zijn:⁵⁶

⁴⁶ Art. 2 is bedoeld voor categorieën van zorg. De snelle mogelijkheid van de beleidsregel is afkomstig uit de WTG-ExPres.

⁴⁷ Art. 57, lid 4 jo. 59 WMG en art. 7, lid 2 WMG. Via art. 58 WMG zijn op aanwijzing van de Minister experimenten mogelijk.

⁴⁸ Art. 35, lid 1 jo. 56 WMG.

⁴⁹ Art. 58 WMG.

⁵⁰ Art. 38 t/m 40, en 41 t/m 43 WMG.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2004-05, 30 186, nr. 3, p. 24. Zie ook: C. Voogt en J. Bijkerk, 'De Nederlandse Zorgautoriteit; goed geëquipeerd voor haar nieuwe rol', *AM*, 2006, nr. 5, p. 116-121. Zij signaleren terecht dat zonder kwaliteitsinformatie de focus alleen komt te liggen op lage prijzen.

⁵² *Kamerstukken II* 2004-05, 30 186, nr. 3, p. 24 en 64.

⁵³ C.C. Meijer, 'Concurrerende zorg, concurrerende autoriteiten', *M&M*, 2005, nr. 7, p. 206-214 en de update: 'De NZa – autoriteit in ontwikkeling', *M&M*, 2006, nr. 6, p. 183-188.

⁵⁴ Bovendien is ook van belang in hoeverre sprake is van economische activiteiten in de zin van art. 81 EG (vgl. par. 5.2).

⁵⁵ Art. 47 WMG.

⁵⁶ Zie voor commentaar op de mogelijke verplichtingen: Meijer, a.w.; Voogt en Bijkerk, a.w.; W. Sauter, 'Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg', *M&M*, 2007, nr. 1, p. 3-11.

- a. informatieverschaffing
- b. een non-discriminatieverplichting
- c. het afzonderlijk leveren van diensten
- d. het voeren van een gescheiden boekhouding
- e. een contracteverplichting
- f. geen onredelijk hoge capaciteit inkopen van een zorgaanbieder.
- g./h. een openbaar aanbod te doen voor medegebruik van zorg diensten of faciliteiten of een dergelijk aanbod te wijzigen
- i./j./k. het hanteren van een berekeningsmethode en kostentoerekeningsstelsel, te ondersteunen met een accountantsverklaring
- l. andere bij ministeriële regeling aangewezen verplichtingen

Een verplichting duurt maximaal 3 jaar. De NZa dient daarbij proportioneel te handelen en kan aan deze verplichtingen nadere voorschriften en beperkingen opleggen. Ook voorlopige maatregelen zijn mogelijk.⁵⁷

In het wetsvoorstel was de AMM-bevoegdheid enkel voorzien voor de zorginkoopmarkt, waarop zorgverzekeraars en zorgaanbieders onderhandelen. De AMM-bevoegdheden hadden betrekking op de gebieden waarop de prijzen vrij kunnen worden bepaald.⁵⁸ Bij amendement werd de reikwijdte verruimd. Het AMM-instrument geldt nu voor alle drie de markten. Met deze oprekking vallen mogelijk ook markten waarop niet-economische activiteiten worden verricht onder dit AMM-instrument.⁵⁹ Dat lijkt niet in overeenstemming met de strekking van het instrument in het oorspronkelijke voorstel.⁶⁰ De toelichting op het amendement zegt daarover: “Aangezien marktpartijen anticiperen op marktontwikkelingen en strategisch gedrag kunnen vertonen, moet de NZa preventief kunnen ingrijpen op deelmarkten van het zorgaanbod waar de tarieven nog niet geheel zijn vrijgegeven, maar waar wel sprake is van contracteervrijheid voor verzekeraars.” De ruimte lijkt daarmee toch weer beperkt in omvang.

De NZa dient beleidsregels vast te stellen hoe zij haar AMM-bevoegdheden zal uitoefenen.⁶¹

IV - Handhaving en boete

De NZa kan aan alle betrokken marktpartijen aanwijzingen geven de verplichtingen uit de WMG, de Zorgverzekeringswet of de AWBZ na te leven. Als de verplichtingen niet worden nageleefd staan haar bestuursdwang, last onder dwangsom en openbaarmaking ter beschikking.⁶² Ook kan de NZa een boete opleggen van 10% van de omzet. De hoogte van de boete is afhankelijk van de ernst en de duur van de inbreuk. In geval van een overtreding geldt dezelfde systematiek als onder de Mededingingswet. Eerst wordt een rapport opgesteld, waarop betrokkenen kunnen reageren, waarna de boete bij beschikking wordt vastgesteld. Tegen boetebeschikkingen kan beroep worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het CBB.⁶³

⁵⁷ Art. 49 WMG.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2004-05, 30 186, nr. 3, p. 64.

⁵⁹ Voor zover in dat verband van ‘markten’ kan worden gesproken.

⁶⁰ In dat verband is ook de stelling van Voogt en Bijkerk (a.w. p. 117) interessant, dat de bevoegdheden van de NZa zien op alle zorgmarkten en dus ook de gereguleerde. Volgens hen leidt dat ertoe dat sprake is van markttoezicht op instellingen en markten die niet onder het algemene mededingingsrecht vallen, zoals zorgkantoren die optreden in de AWBZ-markten.

⁶¹ Art. 57, lid 1. In dat kader is in december een consultatiedocument AMM uitgebracht. Zie voor bespreking Sauter, a.w.

⁶² Art. 72 t/m 84 WMG.

⁶³ Art. 85 t/m 107 WMG.

De NZa kent voor de boete een zelfde structuur als de NMa met interne Chinese walls waarbij de units ‘care’ of ‘cure’ de inbreuk vaststellen, en uiteindelijk de unit ‘bezwaar, beroep en boetes’ de sanctie oplegt en niet een onafhankelijke rechter.⁶⁴ Het bij de NMa identieke stelsel is echter aan kritiek onderhevig. Een wijzigingsvoorstel dat bij motie door de Tweede Kamer werd verlangd, ligt voor advies bij de Raad van State en heeft wellicht ook gevolgen voor andere toezichthouders zoals de NZa.⁶⁵ Een tweede punt van aandacht betrof de effectiviteit van de Chinese walls als gevolg van een uitspraak van het CBB over de AFM.⁶⁶

3.3 Andere toezichthouders in de zorg

Behalve de NZa en de NMa (inkoopmarkt en verzekeringsmarkt) zijn er nog enkele andere toezichthouders actief op de diverse markten in de zorgsector. Zij dienen informatieasymmetrie weg te nemen en de kwaliteit, betrouwbaarheid en continuïteit te garanderen. Veel van de activiteiten van de NZa raken aan activiteiten van de andere toezichthouders. Teneinde administratieve lasten zoveel mogelijk te beperken en tegenstrijdig handelen te voorkomen zijn met veel van deze instellingen samenwerkingsprotocollen afgesloten. Het ontbreken aan inzicht in deze protocollen vormde voor de senaat overigens aanleiding de wet enige maanden later in werking te laten treden.⁶⁷

Op de *verzekeringsmarkt* houdt DNB toezicht op de noodzakelijke vergunningen en solvabiliteit van zorgverzekeraars en is de AFM nodig voor toezicht op de financiële dienstverlening. Het College voor zorgverzekeringen kent de vereveningsbijdrage toe aan zorgverzekeraars en heeft het pakketbeheer van de basisverzekering. Op de *zorgverleningsmarkt* houdt de Inspectie voor de Gezondheidszorg toezicht op ruim 20 wetten in de zorg.⁶⁸ Op de *zorginkoopmarkt* is de FIOD-ECD belast met het voorkomen van fraude in de zorg via toezicht op strafbare feiten door zorgverzekeraars en zorgverleners. Verder stelt het College bouw zorginstellingen prestatie-eisen vast en geeft vergunningen af voor de bouw van zorginstellingen. Aan de andere kant ziet het College sanering zorginstellingen toe op de afwikkeling van een besluit tot afstoting van gebouwen en terreinen van instellingen.⁶⁹ Het College bescherming persoonsgegevens ziet permanent toe op de betrouwbaarheid van persoonsgegevens.

4. Algemeen zorgtoezicht door de NMa

Sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet houdt de NMa toezicht op bepaalde onderdelen van de zorgsector via het kartelverbod uit artikel 6 Mw en 81 EG en het verbod van misbruik van machtspositie uit artikel 24 Mw en 82 EG. Daarnaast verricht de NMa de fusiecontrole op basis van de Mededingingswet.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2006-07, 30 186, nr. 60.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2005-06, 30 071, nr. 29.

⁶⁶ CBB, 9 februari 2006, LJN AV2682. Het betreft de functiescheiding tussen de persoon die een inbreuk vaststelt (opsteller van een rapport) en de personen die betrokken zijn bij het vaststellen van de boete. Volgens de Minister volstaat de wettelijke Chinese walls-regeling voor de NZa. *Kamerstukken II* 2006-07, 30 186, nr. 60.

⁶⁷ *Kamerstukken I* 2005-06, 30 186, nr. H.

⁶⁸ www.igz.nl.

⁶⁹ WTZi.

4.1 Kartels en misbruik van machtspositie

Tot 1 augustus 2004 heeft de NMa een groot aantal ontheffingsverzoeken ter beoordeling gekregen. Afspraken over vestiging en tarieven komen niet in aanmerking voor ontheffing,⁷⁰ evenmin besluiten daarover van een beroepsvereniging.⁷¹

In 2004 beboette de NMa vier brancheorganisaties voor psychologen en psychotherapeuten⁷² voor het geven van prijsadviezen aan de leden. In beroep oordeelde de rechtbank Rotterdam in juli 2006 echter dat het NMa-besluit wat de *mededingingsbeperkende strekking* betreft op een ontoereikende motivering berust.⁷³ Naar het oordeel van de rechtbank heeft de NMa niet aangegeven hoe de concurrentie op de markt, in casu op het terrein van gezondheidszorg, zich zou hebben ontwikkeld zonder de adviestarieven. Zo is voor de rechtbank onvoldoende duidelijk in hoeverre een huisarts zich bij zijn verwijzingen laat leiden door de hoogte van het tarief van de aanbieder in kwestie en wat de invloed van een aanvullende verzekering voor psychologische diensten is. In par. 2.5.3, 4e alinea overweegt de rechtbank: “[...] Indien bijvoorbeeld voor de huisarts de hoogte van het tarief geen belangrijke factor zou blijken te zijn en de meeste consumenten verzekerd zijn, zou de concurrentie tussen de aanbieders van psychologische diensten zich nauwelijks anders ontwikkeld hebben zonder de adviestarieven van de betrokken verenigingen, te minder indien aannemelijk zou zijn dat voor de meeste consumenten in een dergelijke situatie de gezondheidstoestand een belangrijker overweging is dan de kosten.” Doelt de rechtbank hier op een effectonderzoek bij een doelbeperking in de zorg? Of valt het voorbeeld nog binnen het onderzoek naar de economische context dat de NMa bij elke overtreding zou moeten verrichten? Hier dringt zich de vraag op of een structureel beperkte of nog onvoldoende ontwikkelde mededinging een reden kan zijn om kartelafspraken toe te staan. Het lijkt ons dat de twijfel van de rechtbank eerder thuishoort bij de vraag of wel sprake is van een economische activiteit of bij een eventueel beroep op een uitzondering. De NMa heeft tegen de uitspraak hoger beroep aangetekend.⁷⁴

Eveneens in 2004 legde de NMa in twee apothekzaken een last onder dwangsom op. In Assen droeg de NMa acht apotheken op hun elektronische netwerk zo in te richten dat het ook buiten de avond-, nacht- en weekenddiensten – derhalve 24 uur per dag, zeven dagen per week – kon worden geraadpleegd door alle deelnemende, en later deelnemende, apotheken.⁷⁵ En in Tilburg verbood de NMa een coöperatief samenwerkingsverband van een groot aantal stadsapotheken, dat was opgericht om de poliklinische apotheek in het Tilburgse St. Elisabeth Ziekenhuis te exploiteren.⁷⁶

⁷⁰ Bijv. zaak 767, 141, *Zorg en Zekerheid*; zaak 590, 1570, 1972, *Amicon - Vrijgevestigd Fysiotherapeut*; zaak 912, *CZ Ziekenfonds*; zaak 1994, *AstraZeneca* (hierin verbood de NMa een doorleveringsverbod van met korting geleverde medicijnen). Vgl. zaak T-168/01, *GlaxoSmithKline*, n.n.g., waarin het Gerecht vaststelde dat een dergelijk verbod tussen lidstaten niet er toe strekt de mededinging te beperken, vanwege de verschillen in de nationale stelsels.

⁷¹ Bijv. zaak 1131, 1151, 1250, *Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen*; zaak 537, *LHV*;

⁷² Zaak 3309 (bevestigd in beslissing op bezwaar van 20 april 2005). In die periode heeft de NMa voor hetzelfde gedrag ook het Nederlands Tandtechnisch Genootschap een boete opgelegd (zaak 3310, geen bezwaar aangetekend).

⁷³ Uitspraak van 17 juli 2006, LJN: AY4298.

⁷⁴ Zie persbericht NMa van 21 december 2006, www.nmanet.nl.

⁷⁵ Zaak 2501.

⁷⁶ Zaak 2688. Op beide zaken ontving de NMa kritiek dat zij te weinig terughoudend, dan wel regulerend, heeft opgetreden. Bijv. E. Steyger, ‘De omvang van de handhavingsbevoegdheid van de NMa in de zorg’, *M&M*, 2005, p. 144 e.v. en Meijer, a.w. 2006, p. 187.

In 2005 heeft de NMa een groot aantal klachten afgewezen van individuele zorgaanbieders over het contracteerbeleid van zorgverzekeraars. Deze zouden weigeren individueel met zorgaanbieders te onderhandelen en misbruik maken van inkoopmacht.⁷⁷ De meeste klachten waren afkomstig van fysiotherapeuten. In bezwaar bevestigde de NMa haar standpunt. De NMa schetst eerst uitgebreid een dynamische marktontwikkeling in de gezondheidszorg, toegespitst op fysiotherapeuten. Vervolgens trekt zij de conclusie dat er geen of onvoldoende concrete aanwijzingen zijn voor misbruik van machtspositie. Nu volgens de NMa geen sprake is van misbruik, laat zij in het midden of de zorgverzekeraars over een machtspositie beschikken.⁷⁸ Tegen de beslissing op bezwaar is beroep aangetekend bij de rechtbank Rotterdam, die zich dit jaar over de zaak zal uitspreken.

In 2006 heeft de NMa de Richtsnoeren Zorg aangevuld met een paragraaf over zorgmakelaars.⁷⁹ Een zorgmakelaar treedt op als bemiddelaar tussen een zorgaanbieder, zoals een huisarts of fysiotherapeut, en een zorgverzekeraar bij contractonderhandelingen. De zorgmakelaar kan veel administratief werk uit handen nemen van de zorgaanbieder. De zorgmakelaar geeft advies en verleent bijstand aan de zorgaanbieder. Deze werkzaamheden kunnen betrekking hebben op elk onderdeel van het contract.

Ook heeft de NMa in 2006 een informele zienswijze gegeven over het overleg, tussen zorginstelling enerzijds en een collectief van zorgverzekeraars anderzijds, dat leidt tot productie- en capaciteitsafspraken van zorg in het A-segment.⁸⁰ Met verwijzing naar het arrest Arduino⁸¹ acht de NMa de Mededingingswet niet van toepassing, omdat deze afspraken een noodzakelijke stap zijn in een wettelijk stelsel waarbij de tarieven uiteindelijk door de staat worden goedgekeurd. Deze zienswijze gaat nog steeds op voor de NZa-bevoegdheden voor de tariefvaststelling in de Markttypen I en II. Hoewel kennelijk volgens de NMa het overheidskarakter aan de (voormalige) WTG-systematiek niet wordt ontnomen, zou een dergelijke overheidsregeling mogelijk (door een rechter) onder het vrije dienstenverkeer kunnen worden getoetst.⁸²

4.2 Fusies

Sinds 2004 heeft de NMa veel werk aan concentratiezaken. De NMa toetste een groot aantal fusies tussen AWBZ-instellingen (meer dan 30). Daarbij gaat zij uit van aparte relevante markten voor intramurale en extramurale AWBZ-zorg.⁸³ Met betrekking tot deze markten worden ook enkele deelmarkten onderscheiden.⁸⁴ De geografische markt voor intramurale

⁷⁷ Zaak 3473 e.a. (26 mei 2005).

⁷⁸ Zaak 5142 (31 mei 2006).

⁷⁹ Stcrt. 2006, 44, p. 39.

⁸⁰ Informele zienswijze vervallen contracteerplicht (9 maart 2006).

⁸¹ Zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 1992, I-1529.

⁸² Vgl. zaak C-94/04, *Cipolla*, *n.n.g.* en zie verder hieronder par. 6.2.

⁸³ Resp. bijv. zaak 3827, *Icare-De Trans* en zaak 4120, *Stichting Verenigde Amstelhuizen-Stichting IJlanden*.

⁸⁴ Zaak 5740, *Laak & Eindhoven-Amant* (1e fase besluit). De aanvankelijke vergunningaanvraag hebben partijen ingetrokken (zie www.nmanet.nl). De fusieplannen zijn desalniettemin uitgevoerd, nadat de thuiszorg werd afgestoten en de concentratie daarmee onder de drempel bleef. Saillant is dat de NMa geen bezwaren had tegen de gevolgen van de voorgenomen concentratie op het gebied van de afgestoten thuiszorgactiviteiten (zie 1e fasebesluit). De door partijen gekozen oplossing zou niet zonder meer slagen wanneer in de zorg lagere fusiedrempels zouden worden gehanteerd, wat een politiek (vast) voornemen is (Bij Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (AMEW) is daartoe een

AWBZ-zorg is lokaal/regionaal. De geografische markt voor extramurale AWBZ-zorg omvat ten hoogste de zorgkantorregio. Mogelijk is/wordt de markt voor huishoudelijke verzorging (een deelmarkt van de extramurale zorg), als gevolg van de aanbestedingsmethodiek van de WMO, groter dan de zorgkantorregio.⁸⁵ Ten aanzien van geestelijke gezondheidszorg, die ook onder de AWBZ valt, achtte de NMa het in 2006 aannemelijk dat er ruimte is voor concurrentie binnen de niet-klinische GGZ en de kortdurende klinische GGZ.⁸⁶ Ook zijn er volgens de NMa voldoende aanwijzingen dat er ruimte is voor concurrentie op het gebied van langdurige klinische GGZ. Geografisch heeft de NMa de klinische en niet-klinische GGZ vooralsnog afgebakend als de zorgkantorregio.⁸⁷

In het 'nieuwe stelsel' volgens de Zorgverzekeringswet heeft de NMa twee fusies tussen zorgverzekeraars goedgekeurd.⁸⁸ Hoewel één fusie na NMa-goedkeuring is afgeblazen,⁸⁹ vond de NMa het geen probleem dat op landelijk niveau nog maar vier grote spelers actief zouden zijn. De NMa achtte een collectieve machtspositie niet aannemelijk omdat de zorgverzekeringsmarkt nog volop in beweging is. De NMa gaat thans uit van één productmarkt voor zorgverzekeringen. Hoe de geografische markt voor zorgverzekeringen moet worden gezien is nog niet helemaal duidelijk. Volgens de NZa kan de zorgverzekeringsmarkt zich zowel landelijk als regionaal (provincies of andere regio's) gaan ontwikkelen. Eind 2005 ging de NMa nog uit van mogelijke provinciale markten, vanwege het regionaal mechanisme.⁹⁰ Maar sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet bestaat volgens de NMa een duidelijke tendens naar een landelijke markt.

Tot op heden heeft de NMa vijf fusies in de ziekenhuiszorg beoordeeld.⁹¹ In zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum–Ziekenhuis Gooi Noord* werd een vergunning vereist en afgegeven. In zaak 5196, *Ziekenhuis Walcheren–Oosterscheldeziekenhuizen*, werd een vergunning vereist, maar hebben de ziekenhuizen hun aanvraag om een vergunning ingetrokken.⁹² Ten aanzien van ziekenhuiszorg maakt de NMa onderscheid tussen algemene ziekenhuiszorg, die vooralsnog niet naar specialisme wordt afgebakend, en topklinische en topreferente zorg die wel nader zouden moeten worden afgebakend per specialisme of specifieke verrichting. Verder maakt de NMa onderscheid tussen spoedeisende hulp en electieve zorg, waarbij de electieve zorg nader

motie aangenomen, *Kamerstukken II 2005-06*, 30 071, nr. 31, e.e.a moet bij amvb mogelijk worden gemaakt).

⁸⁵ Zaak 5740, *Laak & Eemhoven–Amant* (1e fase besluit), rnr. 36.

⁸⁶ Zaak 5632, *GGZ Noord-Holland-Noord–GGZ Dijk en Duin* (1e fase besluit, en (nog) geen vergunning aangevraagd).

⁸⁷ In vijf zaken heeft de NMa een vergunningeis gesteld. In drie van deze zaken zien partijen (vooralsnog) af van het indienen van een vergunningaanvraag (zaak 5082, *Zorggroep West- en Midden-Brabant–Amarant*, zaak 5574, *Amstelring–Zonnehuisgroep Amstelland* en zaak 5632, *GGZ Noord-Holland-Noord–GGZ Dijk en Duin*). In één zaak is bij besluit van 25 september 2006 vergunning verleend (zaak 5603, *ZgNL–TML–LvGG*). En één vergunningaanvraag is bij de NMa in de tweede fase ingetrokken (zaak 5740, *Laak & Eemhoven–Amant*).

⁸⁸ Zaak 5154 en zaak 5682. De NMa heeft acht fusies tussen zorgverzekeraars in het 'oude stelsel' goedgekeurd (Zaken: 3892, 4027, 4093, 4667, 5052, 5105, 5160, 5183), waarvan één na het accepteren van remedies (Zaak 5052, *CZ–OZ*. De Rb. R'dam oordeelde in beroep dat de NMa op onjuiste gronden in deze zaak een vergunning eiste (uitspraak van 7 december 2005, LJN AU9053).

⁸⁹ Zaak 5682, *Delta Lloyd–Menzis–Agis*.

⁹⁰ Zaak 5105. Het regionaal mechanisme houdt in dat zorgverzekeraars met sterke provinciale posities een gunstiger aanbod zouden kunnen doen van provinciespecifieke polissen, waardoor het voor concurrenten moeilijk wordt een substantiële marktpositie op te bouwen of te handhaven. Hierdoor zou de concurrentiedruk in die provincie wegvallen.

⁹¹ Zaken: 3524, 3897, 5047, 5196 en 5935.

⁹² Zie persbericht NMa van 17 augustus 2006, www.nmanet.nl.

wordt afgebakend in niet-klinische zorg (d.w.z. poliklinische behandeling of dagopname) en klinische zorg. Geografisch is de markt voor algemene ziekenhuiszorg door de NMa beperkt tot regio's rondom een stad. De markt voor topzorg zou aanzienlijk groter zijn (twee tot vier provincies).

5. EG-mededingingsrecht en zorgtoezicht

Hieronder gaan wij in op enkele thema's die onmiskenbaar van invloed zijn op het verdere marktordeningsproces in de gezondheidszorg. In hoeverre kan de zorgsector worden geduid als een gewone economische sector waarin de diverse actoren dusdanig vrij zijn in hun handelen dat hun handelen ook daadwerkelijk bestaat uit het verrichten van economische activiteiten? Alleen als dat het geval is, zijn de desbetreffende actoren te kwalificeren als ondernemingen waarop de mededingingsregels van toepassing zijn. Hoewel deze vraag in Nederland voorsnog positief wordt beantwoord, geldt de nog immer onbeantwoorde vraag hoe je de ondernemingen in de zorg dan moet duiden; zijn het 'gewone' of 'bijzondere' ondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang. Voor deze laatste categorie geldt een minder strikt mededingingsregime. Hieronder bespreken wij deze vragen en tevens de gevolgen voor de NMa en de NZa.

5.1 Een gewone sector met gewone ondernemingen?

De NMa beschouwt de zorgsector als een gewone sector binnen de Nederlandse economie. Uit de besluiten sinds 1998 blijkt dat de NMa de diverse entiteiten die diensten en/of producten aanbieden in de zorgsector als 'gewone' ondernemingen beschouwt. Toch is het interessant te bezien in hoeverre de zorgsector een 'gewone' sector is met 'gewone' ondernemingen. Dit geldt te meer in het licht van de eerste mededingingsuitspraak in de zorgsector van de rechtbank Rotterdam (zie hierboven par. 4.1).⁹³

In de Memorie van toelichting bij de Zorgverzekeringswet en vooral in de Memorie van toelichting bij de WMG wordt op diverse plaatsen door de regering onderstreept dat de introductie van marktwerking een vorm van *gereguleerde* marktwerking betreft.⁹⁴ Zowel de zorgverzekeringsmarkt als de zorgverleningsmarkt wordt niet zonder meer vrij gegeven. "Gereguleerde marktwerking vervangt de centrale aanbodsturing daar waar mogelijk; de overheid zal steeds meer optreden als kadersteller en toezichthouder. De regering wil zo een nieuwe impuls geven aan de toename van service, kwaliteit, innovatie, efficiënte zorgprocessen en een goede verhouding tussen prijs, prestatie en kwaliteit van de zorg."⁹⁵

Indachtig het concept van gereguleerde marktwerking behoeft het vanuit beleidsmatig perspectief bezien geen verbazing dat vele 'zorgwetten', zoals de Wet Marktordering Gezondheidszorg, de Zorgverzekeringswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, de Wet Toelating Zorginstellingen, de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg en de Kwaliteitswet zorginstellingen, betrekking hebben op de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de te leveren gezondheidszorgdiensten. Daarbij zij opgemerkt dat slechts 10% van de ziekenhuisproductie is vrijgegeven. Voor de overige 90% gelden nog de oude spelregels met afspraken over productie en budgetten. Frank de Grave, bestuursvoorzitter van de NZa, stelde eens dat echt ondernemerschap pas in 2008 meer ruimte zou krijgen, als 70%

⁹³ Uitspraak van 17 juli 2006, LJN: AY4298.

⁹⁴ Resp. *Kamerstukken II* 2003-04, 29 763, nr. 3, p. 2, 4, 8, 9 en 81, en *Kamerstukken II* 2004-05, 30 186, nr. 3, p. 2, 3, 4, 7, 8, 11, 15, 17, 21, 23, 24, 30 en 62.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2004-05, 30 186, nr. 3, p. 7.

van de ziekenhuisproductie zou worden vrijgegeven.⁹⁶ Het huidige kabinet lijkt (vooralsnog) niet zo ver te willen gaan; afgesproken is in beginsel slechts 20% vrij onderhandelbaar te maken (zie hieronder par. 6.1). Laat echt ondernemerschap nu op zich wachten? Ook in de AWBZ-zorg is marktwerking niet zo vanzelfsprekend. Een belangrijke reden hiervoor is, dat – in tegenstelling tot de (curatieve) ziekenhuiszorg – de zorgverzekeraars op de wettelijk ingekaderde AWBZ-verzekeringmarkt niet met elkaar (kunnen) concurreren om de gunst van de verzekerden, waardoor zij niet (of nauwelijks) worden geprikkeld doelmatig zorg in te kopen.⁹⁷

5.2 Mededingingsrechtelijke kwalificatie van activiteiten in de zorgsector

De Mededingingswet is van toepassing indien en voor zover concurrentie mogelijk is. Dit axioma is lange tijd voor de NMa reden geweest om fusies tussen ziekenhuizen en verpleeghuizen zonder meer goed te keuren, omdat daadwerkelijke mogelijkheden om te concurreren ontbraken.⁹⁸ Maar in januari 2004 keert het tij; in het Visiedocument Concurrentie ziekenhuissector concludeert de NMa dat sprake is van concurrentiemogelijkheden.⁹⁹ In rnr. 119 overweegt de NMa: “De context waarin ziekenhuizen en andere aanbieders van ziekenhuiszorg vanaf 1 januari 2003 opereren, biedt ruimte om te concurreren. Alle aanbieders van ziekenhuiszorg zijn in belangrijke mate vrij in het bepalen van de hoeveelheid, samenstelling, vorm en kwaliteit van de door hen aangeboden zorg. Deze vrijheid ontbreekt momenteel grotendeels wat betreft de prijzen, maar daar wordt met de introductie van DBC’s verandering in gebracht. De huidige budget- en verrichtingsystematiek bevat voor aanbieders van ziekenhuiszorg voorts productie- en efficiëntieprikkels.”

Kort na het visiedocument oordeelde het Hof van Justitie op 16 maart 2004 in het arrest AOK dat Duitse ziekenfondsen geen ondernemingen zijn, omdat hun activiteiten niet economisch van aard waren.¹⁰⁰ Zulks ondanks het bestaan van een mate van concurrentie tussen de fondsen. Het Hof wijdde in rnr. 56 een interessante overweging daaraan, die luidde: “[D]e wetgever heeft immers met betrekking tot de premies een element van concurrentie ingevoerd om in het belang van de goede werking van het Duitse socialezekerheidsstelsel de ziekenfondsen ertoe aan te zetten, hun activiteiten te organiseren volgens de beginselen van goed beheer, namelijk zo efficiënt en goedkoop mogelijk. Dat dit het doel is, verandert [volgens het Hof] niets aan de aard van de activiteiten van de ziekenfondsen.” Bedoelt het Hof hier dat pseudo-concurrentie de aard van de activiteit niet zonder meer kan veranderen in een economische activiteit? En zou in dat geval een dergelijke uitleg kunnen betekenen dat bijvoorbeeld ziekenhuizen voor de door hen aangeboden zorg in het A-segment – bij nader inzien – geen economische activiteiten verrichten?¹⁰¹ In zoverre echter wordt aangenomen dat zorgverleners zelfstandig en risicodragend hun activiteiten uitoefenen, en (derhalve) worden beschouwd als ondernemingen,

⁹⁶ Het Financieele Dagblad, 10 oktober 2006, ‘Verzekeraars frustreren zorgondernemer; gezamenlijk de ziekenhuiscapaciteit terugbrengen’.

⁹⁷ Uitgebreid, CTG/ZAio (juni 2006), Monitor extramurale AWBZ-zorg – analyse van de marktontwikkelingen in 2005 en 2006. Intramurale AWBZ-zorg, zoals langdurige geestelijke gezondheidszorg, blijven (vooralsnog) buiten de marktwerkingsplannen.

⁹⁸ Vooreerst bij besluit van 5 juni 1998, zaak 165, *Sophia Ziekenhuis*.

⁹⁹ Stcrt. 2004, 15, p.24.

¹⁰⁰ Zaak C-264/01 e.a., *AOK*, *Jur.* 2004, I-2493. Zie ook W.T. Algera, noot bij het AOK-arrest, *M&M*, 2004, nr. 4, p. 139-147.

¹⁰¹ Toegegeven, vóór het arrest AOK bracht het Hof enkele zorgverleners (medisch specialisten en EHBO-organisaties) onder de werking van de mededingingsregels (resp. C-180/98 e.a., *Pavlov*, *Jur.* 2000, I-6451 en C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089) en ziet het arrest AOK uitdrukkelijk op activiteiten van zorgverzekeraars.

dan is het niet denkbeeldig dat hun activiteiten (geheel of gedeeltelijk) zijn te kwalificeren als diensten van algemeen economisch belang (zie hieronder par. 5.3).

Het AOK-arrest was voor de NMa slechts aanleiding een jaar later te verklaren dat zij de Nederlandse ziekenfondsen niet langer zou kwalificeren als ondernemingen. Maar met de invoering van de Zorgverzekeringswet (per 1 januari 2006) zou dit weer veranderen; zorgverzekeraars zijn dan ‘wettelijk’ ondernemingen in de zin van de Mededingingswet (artikel 122 Zvw).¹⁰² *De jure* staat dit nog niet vast. Het verzekeringssysteem heeft immers ook een onmiskenbaar solidair oogmerk.¹⁰³ Zo is er het risicovereveningssysteem, de gratis zorg tot 18 jaar en de zorgtoeslag die garandeert dat de laagste inkomens een tegemoetkoming ontvangen in de verzekeringskosten. De Commissie heeft de zorgverzekeraars niettemin als ondernemingen aangemerkt in haar steunbeschikking over de reserves van de ziekenfondsen.¹⁰⁴ Volgens de Commissie vervullen zij niet uitsluitend een sociale functie, maar verrichten zij ook een economische activiteit.¹⁰⁵ Voor alle zekerheid is derhalve in artikel 122 Zvw bepaald dat de zorgverzekeraars hebben te gelden als ondernemingen in de zin van artikel 1 Mw.¹⁰⁶ Dit artikel verwijst evenwel weer naar het begrip zoals uitgelegd door het Hof van Justitie EG, zodat die rechtspraak niettemin van belang blijft.

Dat de mededingingsrechtelijke kwalificatie van de zorgmarkten geen effect zou hebben op de bevoegdheden van de NZa, zoals Sauter betoogt, neemt een aantal praktische problemen bij een uitspraak van het Hof van Justitie EG met die strekking niet weg.¹⁰⁷ Bijvoorbeeld kan de vraag worden gesteld in hoeverre de toepasselijkheid van het begrip AMM in artikel 47 WMG hierdoor wordt geraakt. Dit begrip luidt: “de positie van een of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars om alleen dan wel gezamenlijk de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan te kunnen belemmeren door de mogelijkheid zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van [marktpartijen en consumenten].” Of onder het begrip ‘daadwerkelijke concurrentie’ of ‘markt’ in voormelde zin dan ook pseudo-concurrentie (zoals wij die lezen in het arrest AOK) zou vallen, is dan een interessante vraag. De WMG sluit ook op talloze andere punten aan bij het algemene mededingingsrecht. Een uitspraak als gevolg waarvan een deel van de activiteiten van zorgverzekeraars, ziekenhuizen of andere zorgaanbieders niet onder het algemene mededingingsrecht valt, zou langs die weg toch aan het fundament van de wet komen. Begrippen laten zich niet eindeloos oprekken. Andersom echter, lijkt het Hof in de zaak AOK geen moeite te hebben met typische marktinstrumenten van toepassing te achten op niet-economische activiteiten. Handelen volgens de uitgangspunten van de markt is dan niet voorbehouden aan de markt.

¹⁰² Speech van R.J.P. Jansen (als plv. d-g NMa), over mededingingsregels in de zorg, 26 april 2005, www.nmanet.nl.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2003-04, 29 763, nr. 3, p. 4. Zie ook W.T. Algera, a.w.

¹⁰⁴ Commissiebrief C(2005) 1329 fin.

¹⁰⁵ Dat blijkt volgens de Commissie uit winststreven, de vrije tariefstelling en het – anders dan in de zaak AOK – niet-mededingingsbeperkende karakter van het risicovereveningssysteem. Tot slot worden niet enkel de verschillen in kosten gecompenseerd maar worden de risico’s van de verzekerden als uitgangspunt genomen.

¹⁰⁶ Zie Meijer, a.w. 2006.

¹⁰⁷ Sauter, a.w.

5.3 Diensten van algemeen economisch belang

Gelet op de mate van overheidsregulering omtrent de ‘kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid’ dringt zich de vraag op in hoeverre zorgaanbieders en zorgverzekeraars belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang, zoals bedoeld in het mededingingsrecht? Vaststelling hiervan is van belang, omdat het mededingingsrecht slechts onder voorwaarden van toepassing is op het handelen van dergelijke ondernemingen.

Het begrip ‘diensten van algemeen economisch belang’ ziet op diensten ten behoeve waarvan de overheid aan de dienstverrichters verplichtingen van algemeen belang heeft opgelegd, door middel van een toevertrouwde taak. Het predikaat ‘economische’ heeft geen onderscheidende betekenis. Het moet worden opgevat als een verwijzing naar de activiteit, opdat de betrokken entiteit kan worden aangemerkt als onderneming in de zin van het mededingingsrecht.¹⁰⁸ Op communautair niveau wordt al geruime tijd gediscussieerd over diensten van algemeen economisch belang. Bijvoorbeeld over de vraag of voor dergelijke diensten een Europese kaderrichtlijn gewenst is.¹⁰⁹ Hoewel de zorgsector uitdrukkelijk buiten deze discussie wordt gehouden, is een aparte Commissie-mededeling over zorgdiensten in de maak (zie hieronder par. 6.2).

Het handelen van de ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang heeft in het Europese mededingingsrecht een plaats gekregen in artikel 86, lid 2 EG. In de Mededingingswet heeft het handelen van deze ondernemingen een plaats gekregen in de artikelen 11, 25 en 41, lid 3 Mw. Deze artikelen bepalen kortweg dat toepassing van de mededingingsverboden slechts is toegestaan indien de toepassing de vervulling van de bijzondere taak, c.q. de dienst van algemeen economisch belang, niet verhindert. Of anders geformuleerd: deze ondernemingen mogen de mededinging beperken voor zover dit noodzakelijk en evenredig is ter uitvoering van hun bijzondere taak/dienst van algemeen economisch belang.

Aan het vereiste ‘belast zijn met’ wordt door het Hof van Justitie EG een materiële invulling gegeven. Het ‘belast zijn’ zal in beginsel dienen te blijken uit een wettelijk voorschrift of uit een besluit van een bestuursorgaan. Maar de bijzondere taak/dienst van algemeen economisch belang kan ook worden afgeleid uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten. In zo’n geval zal van overheidswege die taak in de praktijk ook als zodanig zijn erkend.¹¹⁰ Minder legalistisch benaderd – en om de gedachten verder te bepalen – kan worden gesteld, dat uit de mate van overheidsbemoeienis ten aanzien van de ondernemingsgewijze productie kan worden afgeleid dat een onderneming is belast met een dienst van algemeen economisch belang.

Volgens de Europese Commissie zijn Nederlandse zorgverzekeraars – in zoverre zij de basisverzekering aanbieden – belast met een dienst van algemeen economisch belang en dient

¹⁰⁸ Zie H.M. Gilliams, *Artikel 90, lid 2 EG-Verdrag: onbeantwoorde vragen*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1998, p. 30 en J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van zorgbelangen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 51.

¹⁰⁹ Zie recentelijk congres *The Limits of the European and International Service Markets*, Universiteit Utrecht, 7 en 8 december 2006, www.utrechtlawreview.org.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1995-96, 24 707, nr. 3, p. 64.

hun handelen te worden getoetst in het kader van artikel 86, lid 2 EG.¹¹¹ Een vergelijkbaar precedent heeft het Hof van Justitie gemaakt in het arrest *Ambulanz Glöckner* ten aanzien van EHBO-organisaties in Duitsland.¹¹² Op Europees niveau bestaat (nog) niet een dergelijk precedent ten aanzien van bijvoorbeeld ziekenhuizen en AWBZ-instellingen.

Tot op heden heeft de NMa in geen enkel ‘zorgbesluit’ het standpunt ingenomen dat een zorgverzekeraar of zorgaanbieder zou moeten worden beschouwd als een ‘onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang’. Een duidelijke visie op dit punt geeft de NMa ook niet in de Richtsnoeren Zorg en het Visiedocument Concurrentie ziekenhuissector.¹¹³ Wel wijdt de NMa in de Richtsnoeren Zorg – in het algemene deel – een paragraaf aan ‘uitzonderingen in verband met het vervullen van bijzondere taken’ (nr. 35 t/m 44). Hierin concludeert de NMa dat een beroep op artikel 11 Mw nauwkeurig moet worden gemotiveerd. “De desbetreffende onderneming moet aantonen dat zij inderdaad is belast met een taak van algemeen economisch belang en bovendien dat zij enkel aan haar taak kan voldoen indien zij een specifieke mededingingsbeperkende overeenkomst kan sluiten.” De NMa lijkt zich dus niet *ambtshalve* te willen uitlaten over de ondernemingskwalificatie. Maar zou daartegen iets in de weg staan?

De NMa heeft in de zaken waarin artikel 11, 25 of 41, lid 3 Mw een rol heeft gespeeld een strikte benadering gehanteerd ten aanzien van het concept ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang.¹¹⁴ Wanneer het betrokken belang niet bij regelgeving of besluit is bepaald, lijkt de NMa kortweg te stellen dat geen sprake is van een ‘taakopdracht’, en bijgevolg dat de onderneming niet is belast met een dienst van algemeen economisch belang.

Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat “[het lidstaten niet kan worden verboden], dat zij bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, rekening houden met doelstellingen die verband houden met hun nationaal beleid, en trachten deze te verwezenlijken *door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen* die zij deze ondernemingen opleggen.”¹¹⁵ Mede in dit licht overwoog de Europese Commissie ten aanzien van de Nederlandse zorgverzekeraars: “In onderhavige zaak waarin de verzekeraars ‘belast zijn met’, heeft de Nederlandse regering ervoor gekozen dat, in plaats van één verzekeraar met een publieke taak te belasten, meerdere verzekeraars actief kunnen zijn op de markt, waar de risico’s worden verevend ingeval de risicoprofielen van de verzekeraars verschillen. De Nederlandse regering verplicht bij wet ondernemingen die diensten verrichten, die als diensten van algemeen economisch belang kunnen worden aangemerkt, deze diensten onder bepaalde beperkingen uit te voeren.”¹¹⁶

¹¹¹ Zaak N 541/2004 en N 542/2004 (http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n541-542-04.pdf). Tegen deze beslissing heeft zorgverzekeraar Azivo beroep aangetekend bij het Gerecht van Eerste Aanleg (zaak T-84/06).

¹¹² Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089.

¹¹³ Resp. Stort. 2002, 206, p. 18 en Stort. 2004, 15, p. 24.

¹¹⁴ Over artikel 11 Mw: zaak 553, zaak 560, zaak 882, *Amicon* (13-12-2000), zaak 1153, zaken 1751 t/m 1755, zaak 1437, zaak 2513, *LHV*, gev. zaken 2762 en 3008. Over artikel 25 Mw: zaak 1 (10-9-1998), zaak 5 (4-6-1999), zaak 650 (26-8-1999), zaak 1779, zaak 1941. Over artikel 41, lid 3 Mw: zaak 807

¹¹⁵ Zaak C-157/94, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 1997, I-5699, nr. 40.

¹¹⁶ Zaak N 541/2004 en N 542/2004, par. 4.2.1 ‘belast met’ een dienst van algemeen economisch belang (p. 25 en 26).

Zou op grond van de beperkingen en de verplichtingen die bovengenoemde ‘zorgwetten’ aan zorgaanbieders opleggen de conclusie mogen worden getrokken dat ook bijvoorbeeld ziekenhuizen en AWBZ-instellingen – al dan niet gedeeltelijk – zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang?¹¹⁷

Een oordeel over de ondernemingskwalificatie in de zorg is zeer gewenst. Vooral voor de toepassing van het concentratietoezicht, dat een speerpunt is in de NMa-(zorg)agenda,¹¹⁸ is het van belang hierover duidelijkheid te verkrijgen. Artikel 41, lid 3 Mw bepaalt namelijk dat indien ten minste een van de bij een concentratie betrokken ondernemingen is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, een eventuele vergunning alleen door de NMa kan worden geweigerd indien de weigering van de vergunning de vervulling van de hun toevertrouwde taak niet verhindert. Een soortgelijke bepaling bestaat niet in het Europese concentratierecht.¹¹⁹

Bij de toepassing van artikel 41, lid 3 Mw lijkt de NMa de bewijslast te dragen. De bepaling is duidelijk gericht tot de NMa en het betreft een inperking van haar bevoegdheid; ‘de NMa kan alleen weigeren indien etc.’ Ook de Memorie van toelichting bij de Mededingingswet wijst in die richting: “In afwijking van de in de artikelen 11 en 25 gekozen benadering is hier niet gekozen voor een vrijstelling maar voor een afzonderlijke weigeringsgrond. Hiermee wordt voorkomen dat het bedrijfsleven zelf moet beoordelen of een concentratie voldoet aan de desbetreffende criteria.”¹²⁰

Het feit dat de bewijslast bij toepassing van artikel 41, lid 3 Mw op de NMa zou rusten, ontslaat de concentrerende ondernemingen niet desgevraagd aan te geven in hoeverre een eventuele weigering de hun toevertrouwde taak zou verhinderen. Je zou zeggen dat dit tot de reikwijdte van het NMa-onderzoek behoort. In zoverre de NMa de argumenten van de ondernemingen niet onderschrijft, kan zij – gemotiveerd – de vergunning weigeren. Bijvoorbeeld omdat zij meent dat een minder vergaande samenwerking ook voldoet om de toevertrouwde taak te vervullen.

Tot op heden heeft de NMa in zorg-concentratiezaken geen vergunning geweigerd en heeft zij zich ook niet behoeven uit te spreken over de ondernemingskwalificatie. Het is overigens denkbaar dat de NMa van oordeel is (of blijft?) dat zorgaanbieders niet kunnen worden gekwalificeerd als ondernemingen ‘belast met’ een dienst van algemeen economisch belang. In dat geval zou de politiek zich moeten realiseren dat zij werk moet maken van het ‘belasten met’,¹²¹ dan wel de marktwerking in de zorg meer zijn beloop laten en minder sturend/regulerend optreden. Want bij marktwerking binnen een ‘gewone’ sector met ‘gewone’ ondernemingen past toch geen sterke overheidsbemoeienis die (bijna elk) marktfalen beoogt te corrigeren?

¹¹⁷ Een voorbeeld ter illustratie uit de MvT WTZi (*Kamerstukken II* 2000-01, 27 659, nr. 3, p. 6): “Vanuit de verantwoordelijkheid van de centrale overheid voor de instandhouding van een evenwichtig, doelmatig en kwalitatief stelsel van gezondheidszorg dat betaalbaar en voor eenieder toegankelijk is, stellen wij regels ten aanzien van het exploiteren van instellingen. Voor het in bedrijf hebben van een zorginstelling is toestemming vereist: de exploitatietoestemming.”

¹¹⁸ NMa Agenda 2007, zie www.nmanet.nl.

¹¹⁹ Uit nr. 22 van de considerans van de EG-concentratieverordening (Vo. 139/2004, *Pb.* 2004, L 24/1) blijkt evenwel dat bij de controle op concentraties, onverminderd artikel 86, lid 2 EG, het beginsel van non-discriminatie ten aanzien van de overheids- en particuliere sector moet worden gehonoreerd.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 38. Tijdens de parlementaire behandeling is artikel 25 Mw overigens gewijzigd van een vrijstellingsbepaling in een ontheffingsbepaling.

¹²¹ Vgl. vierde aanbeveling Sluijs, a.w. 2004, p. 188 en 189.

6. Een tussenstand: ervaringen, Europeesrechtelijke dreigingen en initiatieven

6.1 Eerste ervaringen en Regeerakkoord

De markten lijken dynamisch te reageren op de nieuw verworven vrijheid. Zo komen de ZBC's goed van de grond met lagere tarieven (par. 2.3). Verder valt in alle markten een concentratietendens waar te nemen. De consument bundelt zich in collectieven,¹²² maar ook de verzekeraars fuseren, evenals de zorgverleners.¹²³ Minder en grotere spelers bepalen dan het beeld op de markt, met efficiencywinst uit schaalvergroting tot gevolg. Een andere tendens is de internationalisering.¹²⁴ Ook valt het verschijnsel van specialisatie op in de vorm van het zelfstandige behandelcentrum en de cross-over tussen verzekeraars en zorgverleners. Dit geheel van prikkels en ontwikkelingen getuigt van de flexibiliteit en onzekerheid als noodzakelijke kenmerken van een markt die in essentie goed kan functioneren.

Met het coalitieakkoord uit februari 2007 wordt het nieuwe stelsel in stand gelaten. Wel was het voornemen oorspronkelijk om per 2008 zo'n 70% van de zorg vrij onderhandelbaar te maken. In het regeerakkoord is echter afgesproken dat de volgende stap 20% zal zijn per 2008. Of dat meer wordt, is opengelaten en afhankelijk van een evaluatie. In ieder geval wil de regering het DBC-stelsel vereenvoudigen. Bovendien dienen in de cure de kapitaalkosten van ziekenhuizen in de DBC-prijzen te worden opgenomen. Voor het A-segment dat zich leent voor onderhandelingen over DBC-prijzen in het planbare deel van de ziekenhuiszorg zal maatstafconcurrentie worden gehanteerd. Verder wordt expliciet onderstreept dat de AWBZ-zorg zich naar haar aard niet leent voor *commerciële* concurrentie. In het recente rapport van de NZa (26 maart 2007) wordt juist voorgesteld de AWBZ in belangrijke mate aan marktwerking bloot te stellen.¹²⁵ Zal hier sprake zijn van pseudo-concurrentie?¹²⁶ De regering zet verder in op kleinschaligheid, lokale toegankelijkheid en minder bureaucratie. Het blijft nadrukkelijk de bedoeling om privaat kapitaal aan te trekken en ondernemerschap te stimuleren, met name via de nieuwe rechtsvorm van de 'maatschappelijke onderneming'. De rol van de NZa wordt daarbij door de coalitie benadrukt. Aan de verzekeringszijde wordt de basisverzekering uitgebreid¹²⁷ en wordt de *no-claim* regeling vervangen. Daarbij onderkennen de coalitiepartijen het *free-rider* probleem van onverzekerden.

6.2 Europeesrechtelijke dreigingen en initiatieven

Over het stelsel is en wordt levendig debat gevoerd vanuit het oogpunt van beperkingen uit het EG-recht.¹²⁸ Vanuit dat EG-recht bestaan verschillende openstaande vragen.

¹²² Denk aan reeds bestaande collectieve verbanden als werkgevers en verenigingen, maar ook aan collectieven voor de individuele consument zoals grote drogisten- en supermarktketens. De kracht van het collectief werd ook door de wetgever voorzien (*Kamerstukken II* 2003-04, 29 763, nr. 3, p. 37). Inmiddels lijkt het aannemelijk dat de individuele polis uitzondering zal worden.

¹²³ Recente fusies: Zorgverzekeraars (in 2006), zaak 5154/VGZIZA-Trias groep-Univé; Ziekenhuizen (in 2007): zaak 5935/Laurentius Ziekenhuis Roermond-St. Jans Gasthuis, AWBZ-instellingen (in 2007 o.m.): zaak 5903/Stichting Kwadrant-Stichting Palet.

¹²⁴ NRC, 21 oktober 2006, 'Private financiers gaan zorgmarkt op'; NRC 25 november 2006, 'In Duitsland is alles beter'; NRC, 15 december 2006, 'Nederland nog niet in trek bij Zweedse zorgmultinational'.

¹²⁵ Uitvoeringstoets NZa, 'Care voor de toekomst'. Zie: www.nza.nl.

¹²⁶ Vergelijk in dat verband de problematiek in de zaak AOK (zie hierboven par. 5.2).

¹²⁷ Met o.a. de pil en de jaarlijkse tandartscontrole.

¹²⁸ Zie onder meer het zeer interessante verslag van een ronde tafelgesprek. *Kamerstukken II* 2003-04, 29 689, nr. 3.

Zo bestaat er debat over de houdbaarheid van het stelsel (de basisverzekering) binnen de derde Schaderichtlijn (92/49/EEG) en met name de uitzondering van artikel 54 waarop de Zorgverzekeringswet rust (de Bolkesteinbrief). Over dit onderwerp zijn verschillende bijdragen verschenen.¹²⁹ Verder was er debat over de overgang naar de zorgverzekeraars van de door de destijds nog als ziekenfondsen opgebouwde reserves in het licht van staatssteun. De Commissie heeft dat inmiddels goedgekeurd.

Een ander, nog lopend debat is of zorgaanbieders en zorgverzekeraars als (bijzondere) ondernemingen hebben te gelden (zie paragrafen 5.2 en 5.3).

Een volgend punt van aandacht is het vrije diensten- en vestigingsverkeer. De zorg is uitgezonderd van de Dienstenrichtlijn,¹³⁰ maar de primaire verdragsbepalingen 49 EG (vrij verkeer van diensten) en 56 EG (vrij verkeer van vestiging) blijven natuurlijk wel van toepassing. Deze regimes bieden mogelijkheden tot het afnemen en aanbieden van zorg over de grens. De rechtspraak over de interne zorgmarkt en de positie daarop van de verdragsrechtelijke en jurisprudentiële gezondheidsexcepties zal bij gebrek aan harmonisatie voornamelijk de onvermijdbare spanning moeten kanaliseren.¹³¹ De Europese Commissie zoekt daarom naar andere oplossingen en is in september 2006 haar raadpleging gestart over communautaire maatregelen op het gebied van gezondheidsdiensten.¹³² Het voorstel stelt de organisatie van de zorgstelsels volledig in handen te laten van de lidstaten. Wel wil de Commissie enerzijds het vrije verkeer van diensten in de zorg (afname en levering) stimuleren met een ruimere toepassing van de uitspraken van het Hof. Met name de ervaringen in de grensstreken leren dat qua efficiency en effectiviteit veel te winnen is. Anderzijds wil de Commissie de zorgstelsels laten samenwerken, waarvoor een communautair rechtskader wordt geschapen. Hoe dit initiatief vorm moet krijgen is niet helder. Het document is vanwege het raadplegende karakter noodzakelijkerwijs een beetje vaag. Het heeft de tongen echter zeker los gemaakt, waarbij de Nederlandse inbreng de gelegenheid aangrijpt om het nationale zorgstelsel ook op Europees vlak over het voetlicht te brengen.¹³³

Het *Health Initiative* toont blijkens verschillende reacties haarfijn de gevolgen van de bipolaire aard van de Europese zorgorganisatie aan. Veel van de zorgstelsels in de ons omringende landen kennen immers niet de markt als leidend mechanisme. De zorg is daar nog stevig in handen van de publieke instellingen en is volgens sommigen daarom inefficiënt. Hoewel de Commissie een belangrijke rol ziet voor het Europese mededingingsrecht voor de verleners en financiers van gezondheidszorg, bestaan er evidente risico's. Met de toegenomen mobiliteit leiden verschillen in financiering tot scheve concurrentieverhoudingen.¹³⁴ Bij de Nederlandse zorgverleners bestaat de vrees dat buitenlandse zorginstellingen gesubsidieerd met hen zullen concurreren.¹³⁵ Zorgverzekeraars zullen overeenkomsten sluiten met goedkope buitenlandse

¹²⁹ Brief van 25 november 2003, CAB/PvB/D(03)0848. Zie: J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt*, Deventer: Kluwer 2004, p. 29. B.H. ter Kuile, 'Zorgverzekeringswet en Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Nieuwe Nederlandse socialezekerheidswetgeving en het Europees recht', *SEW* 2005, 79. Zie ook G.J.A. Hamilton, a.w.

¹³⁰ Over de Dienstenrichtlijn: B.J. Drijber, 'Van democratie en bureaucratie: de Dienstenrichtlijn is erdoor', *NtEr* 2007, nr. 1-2, p. 1.

¹³¹ K.J.M. Mortelmans, 'De interne markt en de gezondheidsexcepties', *SEW*, 2005, 77.

¹³² SEC (2006) 1195/4.

¹³³ Alle reacties zijn te vinden op:

www.ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/results_open_consultation_en.htm

¹³⁴ Zo dienen de Nederlandse ziekenhuizen in tegenstelling tot hun Belgische concurrenten wel de lasten voor de gebouwen in hun prijzen te berekenen.

¹³⁵ Zie ook de reactie van ActiZ.

zorginstellingen. De Nederlandse regering stelt in haar reactie vast dat het erop lijkt dat meer patiënten naar het buitenland gaan voor zorg dan er zorg door onderdanen van andere lidstaten wordt afgenomen, hetgeen mogelijk te maken heeft met de ruimte die de zorgverzekeraar biedt. De NZa die een eigen reactie heeft ingestuurd, ziet in dat verband een rol voor de Gemeenschap. De eerdere bespiegelingen over de mededingingsrechtelijke status van de zorgverzekeraars en van zorginstellingen kan de door de Commissie gestelde effectiviteit van het algemene mededingingsrecht overigens ernstig aantasten.

Andersom is ook interessant na te gaan of op basis van de WMG AMM-beperkingen kunnen worden opgelegd aan buitenlandse zorgverleners en zorgverzekeraars. Het is op het eerste gezicht niet goed voorstelbaar dat AMM-verplichtingen kunnen worden opgelegd aan over de grens gevestigde zorgaanbieders die hun diensten aan Nederlandse verzekerden aanbieden. Maar dit wordt anders wanneer het onderzoek naar AMM niet beperkt blijft tot een onderzoek naar de positie op de Nederlandse markt. De definitie van AMM in artikel 47 WMG lijkt de ruimte te laten voor een onderzoek naar de markt die ‘doorgaat’ over de landsgrens. Het zou dan gaan om bijvoorbeeld een Belgische of Duitse zorgaanbieder met AMM op een zorgmarkt die regionaal wordt afgebakend tot een gebied aan beide kanten van de grens. Wanneer deze onderneming niet langer enkel de ‘zorgtoeristen’ wil ontvangen, maar besluit om in Nederland een vestiging te openen of diensten aan te bieden, kan hij op dat moment worden geconfronteerd met AMM-verplichtingen op de activiteiten aan de Nederlandse kant van de grens.

Ook op andere wijze kan het vrije verkeer van diensten/vestiging haar invloed uitoefenen. Behalve het voorgaande voorbeeld kan een Nederlandse zorgaanbieder met AMM zich via een U-bochtconstructie in het buitenland vestigen en via een filiaal in Nederland (dat de AMM bezit) zorg aanbieden. Hoewel de U-bochtconstructie in het vrije vestigingsverkeer is toegestaan, zal het Hof een dergelijke constructie mogelijk niet toestaan wanneer er mee wordt beoogd ‘regels inzake de uitoefening van bepaalde beroepsactiviteiten te omzeilen’.¹³⁶ Een casus waarin een buitenlandse grote EU-verzekeraar hier te lande de basisverzekering met aanvullend pakket wil aanbieden, is ons ziens zeker denkbaar. Wanneer de NZa hiertegen ex ante zou willen optreden, dient een ‘rule of reason belang’ de beperking te rechtvaardigen. Het is dan een interessante vraag in hoeverre het individuele (en economische?) consumentenbelang een oor zal vinden bij het Hof, waar andere arresten – die echter ook uitgingen van een ander stelsel – tot op heden vooral aangrepen bij wat kost het *de staat*?¹³⁷

Ten slotte roept ook de verhouding tussen de tariefregulering van de NZa en het vrije dienstenverkeer dergelijke vragen op.¹³⁸ Een buitenlandse EU-zorgaanbieder die zich op het standpunt stelt dat zij geen redelijke winst kan behalen op basis van de opgelegde maximumtarifiering, zal zeker proberen de beperking die het gevolg is van deze maatregel voor het voetlicht te brengen met een beroep op het vrije dienstenverkeer. En dat een zorgverzekeraar een dergelijke dure zorgaanbieder wil contracteren is niet ondenkbaar wanneer er sprake is van schaarste of wanneer de desbetreffende zorgverlener kwalitatief hoge(ere) zorg aanbiedt. In dat verband wordt ook (weer) de vraag relevant of bepaalde verplichtingen als verkoopmodaliteit kunnen worden aangemerkt en of het vrije diensten en vestigingsverkeer daarvoor ruimte laat.¹³⁹

¹³⁶ Zaak C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I-1459, rnr. 26.

¹³⁷ Zaken C-158/96, *Kohll*, *Jur.* 1998, I-1931; C-157/99, *Smits en Peerbooms*, *Jur.* 2001, I-5473 en C-372/04, *Watts*, *n.n.g.*

¹³⁸ Vgl. zaak C-94/04 e.a., *Cipolla*, *n.n.g.*

¹³⁹ Zie voor deze problematiek: K.J.M. Mortelmans, ‘De Keck-check’, *NtEr*, 2005, nr. 11/12, p. 247-261.