



# De NZa en mededingingsrecht in de zorg

**Juridisch** | Eric Janssen

## Voegt de Nza een nieuwe dimensie toe?

Sinds 1998 hebben ondernemingen in Nederland te maken met de Mededingingswet. Op grond van deze wet mogen ondernemingen geen kartelafspraken maken. Ook mogen zij geen misbruik maken van een economische machtspositie. In het geval bepaalde omzetrempels worden overschreden, verbiedt de Mededingingswet ten slotte het zonder melding respectievelijk vergunning tot stand brengen van fusies en overnames. Aanvankelijk hadden zorginstellingen weinig te duchten van de Mededingingswet. Vanwege de verre gaande regulering beschikten zij over onvoldoende ruimte voor ondernemersgedrag. De kentering kwam medio 2002. Met de invoering van de (bescheiden) marktwerking in de zorg kregen zorgaanbieders in de ogen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) voldoende commerciële ruimte om als ondernemer op de markt actief te zijn. De NMa ontwikkelde vervolgens een bijzondere belangstel-

ling voor de zorg. Ondanks deze aandacht van de NMa voor de zorgsector was de regering van mening dat de marktwerking in de zorg hierdoor onvoldoende werd beschermd. Om de introductie van marktwerking in de zorg in goede banen te leiden en ook om de belangen van consumenten te beschermen, moest er een sectorspecifieke toezichthouder komen. Aldus kreeg de zorgsector met ingang van 1 oktober 2006 zijn eigen toezichthouder: de Nederlandse Zorgautoriteit (Nza).

## De Nza

De Nza is ingesteld bij de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). Deze wet regelt ook de bevoegdheden van de Nza, alsmede de relatie van de Nza tot de minister van VWS en de andere toezichthouders. De verhouding tot andere toezichthouders als de NMa is nader uitgewerkt in samenwerkingsprotocollen.

De NZa heeft de klassieke taken en bevoegdheid die het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG) had onder de Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg), zoals het reguleren van tarieven en het vaststellen van prestatiebeschrijvingen, overgenomen. Nieuw is het toezicht op de zorgmarkten en het bevorderen van de mededinging op deze markten. Om deze taak te kunnen uitvoeren heeft de NZa kort gezegd drie bevoegdheden:

- het bevorderen van transparantie;
- het opleggen van generieke verplichtingen;
- het opleggen van speciale verplichtingen.

Deze bevoegdheden zullen hierna verder worden toegelicht.

### **Transparantie**

Informatieongelijkheid tussen patiënten en zorgaanbieders wordt gezien als een belangrijke belemmering van de marktwerking in de zorg. Zorgaanbieders zijn daarom verplicht om patiënten te informeren over de prijs, kwaliteit en andere eigenschappen van aangeboden producten en diensten. De noodzakelijke informatie moet op een begrijpelijke en gemakkelijk vergelijkbare manier worden aangeboden. De NZa kan hiervoor regels stellen. Ook kan de NZa ingrijpen als de openbaar gemaakte informatie onvoldoende begrijpelijk of vergelijkbaar is. Ingrijpen is bovendien mogelijk als zorgaanbieders weigeren om bepaalde informatie openbaar te maken. Mocht blijken dat marktpartijen niet voorzien in adequate consumenteninformatie, dan kan de NZa ten slotte zelf transparantiebevorderende informatie verzamelen, bewerken en publiceren.

### **Generieke verplichtingen**

Met het oog op de inzichtelijkheid van de zorgmarkten of de bevordering van de mededinging op die markten, kan de NZa regels stellen voor de wijze waarop overeenkomsten tot stand komen die betrekking hebben op de levering van zorg of op tarieven. In situaties waarin het onderhandelingstraject niet goed verloopt, zou de NZa een bepaalde wijze van onderhandelen kunnen verbieden. Als bijvoorbeeld blijkt dat een belangrijk deel van de zorgverzekeraars te korte ondertekentermijnen hanteert, zou de NZa een minimale ondertekentermijn kunnen voorschrijven. Ook kan de NZa generieke regels stellen betreffende de voorwaarden waaronder overeenkomsten over de levering van zorg of tarieven worden aangegaan. Bij regulering van contractvoorwaarden gaat het erom dat de NZa eisen kan stellen aan de voorwaarden waartegen een product of dienst wordt geleverd. Het kan bijvoorbeeld gaan om het tegengaan van onredelijke betalingscondities, onredelijk lange contracttermijnen, exclusieve levering of onredelijke voorwaarden bij het opzeggen van een contract.

De door de NZa op te leggen regels gelden voor alle marktpartijen die in hetzelfde segment werkzaam zijn. De hiervoor bij wijze van voorbeeld genoemde minimale ondertekentermijn zou dus gelden voor alle zorgverzekeraars.

### **Specifieke verplichtingen**

De goede ontwikkeling van de marktwerking op een bepaalde markt kan worden belemmerd als een zorgaanbieder beschikt

over aanmerkelijke marktmacht (AMM). De NZa kan daarom aan zorgaanbieders met aanmerkelijke marktmacht speciale verplichtingen opleggen. Alvorens een of meer speciale verplichtingen op te leggen, moet de NZa natuurlijk eerst vaststellen of een zorgaanbieder beschikt over AMM. Bij de vraag of daarvan sprake is wordt aangesloten bij de definitie van het begrip economische machtspositie uit het algemene mededingingsrecht. Om vast te stellen of een zorgaanbieder beschikt over AMM, zal de NZa moeten nagaan of de betreffende zorgaanbieder een positie inneemt die hem in staat stelt zich onafhankelijk van de andere marktpartijen te gedragen.

## **Aanmerkelijke marktmacht**

In december 2006 heeft de NZa het consultatiedocument 'Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg' gepubliceerd. In dit document kan worden gelezen hoe de NZa denkt gebruik te gaan maken van de mogelijkheid om specifieke verplichtingen op te gaan leggen. De NZa wil een methode gaan hanteren die uit vijf elementen bestaat:

- risicoanalyse;
- marktafbakening;
- AMM-bepaling;
- vaststellen feitelijke of potentiële mededingingsbeperkingen;
- vaststellen speciale verplichtingen.

### **Risicoanalyse**

De risicoanalyse wordt uitgevoerd om vast te stellen of het voldoende waarschijnlijk is dat zich een AMM-probleem voordoet. De NZa wil haar beschikbare middelen immers zo doeltreffend mogelijk inzetten. Er wordt dus uitsluitend ingegrepen als er daadwerkelijk problemen te verwachten zijn.

### **Marktafbakening**

Om vast te stellen of een zorgaanbieder beschikt over AMM, moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Dit is de markt waarop de zorgaanbieder die mogelijk over AMM beschikt actief is. Hiertoe moet worden vastgesteld welke producten en welke geografische gebieden met elkaar concurreren. Voor mensen die behoefte hebben aan verpleeghuiszorg is verzorgingshuiszorg geen alternatief. Verpleeghuiszorg kan dus een aparte productmarkt zijn. Cliënten willen meestal naar een verpleeghuis dicht bij de oude woonplaats. De relevante geografische markt zal daarom meestal worden gevormd door de gemeente waar het verpleeghuis is gevestigd en de direct omliggende gemeenten.

### **AMM-bepaling**

Nadat de relevante markt is afgebakend, kan worden nagegaan of de zorgaanbieder beschikt over aanmerkelijke marktmacht. Hierbij wordt allereerst gekeken naar het marktaandeel van de betrokken zorgaanbieder. Daarnaast moet ook naar andere omstandigheden worden gekeken, zoals het marktaandeel van de concurrenten, de financiële draagkracht van de zorgaanbieder en de toetredingsdrempels. Als een zorgaanbieder een marktaandeel heeft van veertig procent en de twee concurrenten hebben elk een marktaandeel van dertig procent, dan ligt het

# ‘Bij aanmerkelijke marktmacht, zal er desondanks toch wel echt iets aan de hand moeten zijn om ingrijpen te rechtvaardigen.’

niet voor de hand dat de eerste zorgaanbieder beschikt over AMM. Hetzelfde geldt voor een zorgaanbieder die een markt-aandeel heeft van zeventig procent maar bijzonder slecht bij kas zit.

## Vaststellen feitelijke of potentiële mededingingsbeperkingen

Zodra de NZa heeft vastgesteld dat een zorgaanbieder beschikt over AMM, moet worden nagegaan of deze positie feitelijk of potentieel merkbare mededingingsbeperkende effecten heeft. De NZa zou bijvoorbeeld kunnen vaststellen dat het te verwachten is dat een zorginstelling met AMM haar thuiszorgcliënten zal bewegen naar het eigen verzorgingshuis te gaan. Hierdoor zouden concurrerende verzorgingshuizen mogelijk cliënten mislopen. Om speciale verplichtingen opgelegd te krijgen hoeft de zorgaanbieder met AMM hier (nog) geen misbruik van te hebben gemaakt. Door het opleggen van speciale verplichtingen moeten mededingingsproblemen juist worden voorkomen.

## Vaststellen speciale verplichtingen

In de wet wordt opgesomd welke speciale verplichtingen NZa aan een zorginstelling met AMM kan opleggen. Zo zou een zorginstelling die beschikt over een bijzondere faciliteit (bijvoorbeeld kostbare medische apparatuur), verplicht kunnen worden deze faciliteit aan een concurrent ter beschikking te stellen. Ook zou het een zorginstelling verboden kunnen worden twee diensten gekoppeld aan te bieden. Bedacht dient te worden dat de op te leggen verplichtingen passend moeten zijn. Zij moeten in verhouding staan tot de problemen die zij proberen op te lossen.

## Procedure

De NZa kan zelf bepaalde markten onderzoeken en bepalen of opgetreden moet worden. Daarnaast kan de NZa reageren op meldingen of klachten. De wijze van optreden en de bijbehorende rechtsbescherming zijn apart in de wet geregeld. Zo kan er op een voorgenomen besluit worden gereageerd. Aansluitend beslist de NZa of en zo ja, welke speciale verplichtingen worden opgelegd. Tegen het besluit van de NZa kan beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. In spoedeisende gevallen kan de NZa bij wijze van voorlopige maatregel een of meer speciale verplichtingen opleggen. Hiervoor geldt een minder zware procedure.

## De verhouding NZa – NMa

Zowel de NZa als de NMa houdt toezicht op de mededinging in de zorgsector. Dit betekent dat er in sommige gevallen sprake kan zijn van samenloop van bevoegdheden. Om problemen te voorkomen hebben de NZa en de NMa een zogenaamd samenwerkingsprotocol gesloten. In dit protocol is geregeld dat in de zorgsector de NZa het voortouw neemt.

Een uitzondering is gemaakt voor de controle op fusies en overnames. Op dat terrein blijft de NMa met uitsluiting van de NZa bevoegd. Wel zal de NMa de NZa om een zienswijze vragen. Verder is het de bedoeling dat de NZa eerst gebruikmaakt van haar bevoegdheden om eventuele problemen op te lossen. Mocht optreden door de NZa niet voldoende effectief zijn, dan kan de NMa haar bevoegdheden gebruiken.

## Een nieuwe dimensie?

De Wet marktordening gezondheidszorg voegt zeker een nieuwe dimensie toe aan het mededingingsrecht in de zorg. Anders dan de Mededingingswet geldt de Wet marktordening gezondheidszorg ook voor marktpartijen die geen onderneming zijn in mededingingsrechtelijke zin. Dit betekent dat ook de zorgkantoren te maken hebben met de NZa.

Het valt echter te betwijfelen of er vaak zal worden ingegrepen. In het verleden is niet vaak aangenomen dat er sprake is van een economische machtspositie. De NZa zal het naar verwachting niet makkelijker krijgen om AMM aan te tonen. Daarnaast legt de NZa in sommige sectoren de lat erg hoog. Ten aanzien van de inkoopmacht van zorgverzekeraars is de NZa bijvoorbeeld van plan slechts bij een marktaandeel hoger dan zeventig procent en marktaandelen van de verschillende leveranciers lager dan vijftientig procent een onderzoek in te stellen. Als de NZa AMM kan aantonen, zal er desondanks toch wel werkelijk iets aan hand moeten zijn om ingrijpen te rechtvaardigen. Optreden tegen een zorginstelling die zich keurig gedraagt, ligt met andere woorden niet echt voor de hand. |

## Auteur

Mr. H.C.E.P.J. Janssen is advocaat mededingings- en Europees recht bij Dirkszager Advocaten & Notarissen te Nijmegen en als zodanig veelvuldig betrokken bij uiteenlopende mededingingszaken die spelen in de zorgsector.

Zie voor meer informatie dossier juridisch op [www.zorgmarkt.nl](http://www.zorgmarkt.nl)