

Consultatiedocument

Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) in de Zorg

*"The greater the power, the more dangerous
the abuse." (Edmund Burke)*



marktmacht...

11 december 2006

Inhoud

1. Het consultatieproces	7
1.1 Context	7
1.2 Opbouw van het consultatiedocument	8
1.3 Begrippenkader	8
1.4 Consultatie-informatie	8
1.5 Vertrouwelijkheid	9
1.6 Planning	9
1.7 Overzicht van consultatievragen	9
2. Managementsamenvatting	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Belang van het AMM-instrument	11
2.3 Verhouding tot algemeen mededingingsrecht	13
2.4 Methode	13
2.5 Verplichtingen	15
2.6 Opportuniteit en prioriteiten	16
2.7 Voorlopige maatregelen en handhaving	18
2.8 Behandeling van klachten en meldingen	18
2.9 Publiciteit	19
3. Inleiding – het begrip AMM	21
3.1 Inleiding	21
3.2 Het consumentenbelang en AMM	21
3.2.1 Algemeen consumentenbelang geconcretiseerd in de publieke doelen	21
3.2.2 Algemeen consumentenbelang als einddoel van daadwerkelijke mededinging	21
3.3 Definitie van AMM	22
3.4 Afbakenen van de relevante markt	22
3.5 Vaststellen van mogelijkheid tot onafhankelijk gedrag	23
3.6 De reikwijdte van het AMM-instrument	24
3.6.1 Wettelijke basis	24
3.6.2 Reikwijdte begrensd door proportionaliteitsbeginsel en risicoanalyse	24
3.6.3 Reikwijdte AMM op zorgmarkten in relatie tot de consument	25
3.7 De verhouding van AMM tot het algemene mededingingsrecht	27
3.7.1 Parallele toepassing	27
3.7.2 Verschillen	27
3.7.3 Samenloop	29
3.7.4 Afstemmen	29
3.7.5 Informatie uitwisselen	30
3.7.6 Effecten	30
3.8 Relevantie van AMM in de elektronische communicatiesector	30
3.9 Verhouding met overig Europees recht	31
3.9.1 Inleiding	31
3.9.2 Derde Schaderichtlijn	32
3.9.3 Vrij verkeersregels	32
3.10 Conclusie	33
4. Risicoanalyse	35
4.1 Inleiding	35
4.2 De aan AMM-analyse voorafgaande criteria	35
4.3 Criterium 1: Hoge en aanhoudende toetredingsdrempels	38
4.4 Criterium 2: Geen vooruitzicht op daadwerkelijke mededinging	38

4.5	criterium 3a Bestaan van (potentiële) mededingingsproblemen	39
4.5.1	Mededingingsproblemen	39
4.5.2	Inkoopmacht en verkoopmacht	42
4.5.3	Elementen van een risicoanalyse bij verkoopmacht	43
4.5.4	Elementen van een risicoanalyse bij inkoopmacht:	44
4.5.5	Consumentenbelang in relatie tot (potentiële) mededingingsproblemen	46
4.5.6	Effecten	46
4.6	Criterium 3b: Algemene verplichtingen volstaan niet	50
4.6.1	Het verband tussen algemene en AMM specifieke verplichtingen	51
4.6.2	Uitwerken van algemene en specifieke verplichtingen	54
4.6.3	AMM als aanvulling op algemene maatregelen ten behoeve van de consument	55
4.7	Marktonderzoek en klachten	56
4.8	Conclusie	57
5.	 Vaststellen van AMM	59
5.1	Marktafbakening	59
5.1.1	Het belang van marktafbakening	59
5.1.2	Productmarkt en geografische markt	59
5.1.3	Complicerende factoren	61
5.1.4	Marktafbakeningspraktijk NMa	62
5.2	Criteria voor individuele AMM	66
5.2.1	Inleiding	66
5.2.2	Marktaandelen	67
5.2.3	Totale omvang van de marktpartij	68
5.2.4	Toetredingsdrempels	69
5.2.5	Overstapkosten voor afnemers/consumenten	70
5.2.6	Compenserende inkoopmacht	70
5.3	Criteria voor een gezamenlijke AMM	71
5.4	Overzicht van mededingingsproblemen	73
5.4.1	Reden om in te gaan op mededingingsproblemen	73
5.4.2	Typen AMM	74
5.4.3	Categorisering van mededingingsproblemen	76
5.4.4	Inkoopmacht	77
5.4.5	Verkoopmacht	81
5.4.6	Ernst van mededingingsproblemen voor het consumentenbelang	83
5.4.7	Objectieve rechtvaardiging en efficiencyverweer	84
5.5	Conclusie	85
6.	 Verplichtingen	87
6.1	Inleiding	87
6.2	Aanleiding voor de beschikbare verplichtingen	87
6.2.1	Catalogus van verplichtingen	87
6.2.2	Verplichtingen en sancties	90
6.2.3	Voorlopige maatregelen	90
6.3	Beginselen van proportionaliteit	91
6.3.1	Proportionaliteit en doelstellingen van de Wmg	91
6.3.2	Maatregel geschikt	91
6.3.3	Maatregel noodzakelijk	92
6.3.4	Voordelen wegen op tegen nadelen	92
6.3.5	Koppeling mededingingsproblemen aan mogelijke verplichtingen	92
6.3.6	Hiërarchie van verplichtingen	93
6.3.7	Overzicht relevante verbanden	97
6.4	Conclusie	99

7. Procedureel kader	101
7.1 Aanvragen en rechtsbescherming	101
7.1.1 Inleiding	101
7.1.2 Onderzoek op verzoek en belanghebbende criterium	101
7.2 Uniforme voorbereidingsprocedure	103
7.2.1 Inzagerecht	103
7.2.2 Algemene kennisgeving van het ontwerpbesluit	103
7.2.3 Persoonlijke kennisgeving aan belanghebbenden en aanvrager	104
7.2.4 Schriftelijke en mondelinge zienswijzen belanghebbenden	104
7.2.5 Toepassen AMM op klachten van individuele consumenten	104
7.2.6 Beslistermijnen van de NZa	105
7.2.7 Aard van de opgelegde verplichtingen	105
7.2.8 Voorschriften en beperkingen	105
7.2.9 Duur van opgelegde verplichtingen	105
7.3 Handhaving AMM-besluit	105
7.4 Opleggen voorlopige maatregel	106
7.5 Rechtsbescherming	107
BIJLAGE 1: Verklarende woordenlijst	109
BIJLAGE 2: Overzicht raakvlakken taken NZa – NMa	113
BIJLAGE 3: Het consumentenbelang en AMM	115
BIJLAGE 4: Stappenplan AMM	123
BIJLAGE 5: Cure Casus	127
BIJLAGE 6: Care Casus	133

1. Het consultatieproces

1.1 Context

Op 1 oktober 2006 is de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) in werking getreden. Het doel van de Wmg is het bewerkstelligen van vraaggestuurde marktwerking en concurrerend gedrag van marktpartijen. Dit dient om grotere efficiency (dus: doelmatigheid én effectiviteit), meer keuzemogelijkheden voor consumenten en lagere kosten voor kwalitatief betere zorg te bereiken. Anders verwoord: marktwerking wordt ingezet ten behoeve van het consumentenbelang, geconcretiseerd in de publieke belangen toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid (zie bijlage 3).

Voor het toezicht op dit proces heeft de Wmg de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) in het leven geroepen als marktmeester voor de zorginkoopmarkten, de zorgverzekeringsmarkten en de zorgverleningsmarkten. De NZa ziet hierbij zowel toe op gereguleerde markten als op geliberaliseerde markten en stelt bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop (zie artikel 3, vierde lid, Wmg)¹.

Op basis van de Wmg kan de NZa voor deze taken de volgende instrumenten inzetten:

- **algemene verplichtingen** die aan alle zorgaanbieders of ziektenkostenverzekeraars kunnen worden opgelegd (artikel 34 tot en met 45 Wmg);
- **specifieke verplichtingen** die aan individuele zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars met Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) kunnen worden opgelegd (artikel 48 en 49 Wmg). Deze verplichtingen vormen het onderwerp van dit consultatiedocument.

Dit consultatiedocument dient om de principes van AMM en de wijze waarop de NZa voornemens is het AMM-instrument toe te passen uit te leggen en voor inbreng voor te leggen aan marktpartijen en andere belanghebbenden. Mede op basis van de reacties die in de consultatie worden verzameld, zal het consultatiedocument vervolgens verder worden uitgewerkt in:

- een **Visiedocument AMM** waarin de NZa haar voornemens ten aanzien van de uitoefening van haar AMM-bevoegdheden uiteenzet;
- de **Beleidsregels AMM** die de NZa ter zake zal opstellen (artikel 57 Wmg).

¹ De Memorie van toelichting (MvT) bij de Wmg omschrijft de (klassieke en nieuwe) taken van de NZa als volgt: (i) markttoezicht op de zorgverlenings-, zorgverzekerings- en zorginkoopmarkten. Dit betreft zowel het maken en bewaken, als het reguleren van markten, waaronder het reguleren van tarieven en prestaties. Het toezicht van de NZa ziet ook op het bevorderen van inzichtelijkheid (transparantie) van markten en keuze-informatie voor de consument; (ii) toezicht op de rechtmatige uitvoering door zorgverzekeraars van de Zorgverzekeringswet, onder meer met betrekking tot zorgplicht, acceptatieplicht en verbod op premiedifferentiatie; (iii) toezicht op de recht- en doelmatige uitvoering van de AWBZ door zorgverzekeraars, zorgkantoren en het Centraal administratiekantoor AWBZ.

1.2 Opbouw van het consultatiedocument

Dit document is als volgt opgebouwd: op de inleiding met een overzicht van de consultatievragen (hoofdstuk 1) volgt eerst een beknopte managementsamenvatting (hoofdstuk 2); vervolgens wordt het begrip AMM uitgewerkt (hoofdstuk 3); en de risicoanalyse die bepaalt of tot een meer fundamentele AMM-analyse moet worden overgegaan (hoofdstuk 4); hierna komt de methode van de AMM-analyse zelf aan bod (hoofdstuk 5); gevolgd door een beschrijving van de toepasselijke verplichtingen en de wijze waarop hieruit een proportionele keuze wordt gemaakt (hoofdstuk 6); en tot slot wordt het procedurele kader geschetst (hoofdstuk 7).

De consultatievragen die zijn samengevat aan het einde van dit hoofdstuk worden steeds bij het relevante onderdeel van de tekst herhaald.

1.3 Begrippenkader

In de tekst van dit consultatiedocument worden technische begrippen uit het algemene mededingingsrecht gebruikt, zoals bijvoorbeeld ook de begrippen 'rooftprijzen' en 'wurgprijzen' (zie ook bijlage 5: Verklarende woordenlijst). Deze termen worden gehanteerd omdat zij gangbaar zijn in het algemene mededingingsrecht waarbij de Wmg uitdrukkelijk aansluit². Het is noodzakelijk dit te doen om begripsverwarring te vermijden. Hiermee wordt geen moreel oordeel beoogd, anders dan dat dit gedrag leidt of kan leiden tot inefficiënte marktresultaten en dus ook tot suboptimale resultaten vanuit het perspectief van het algemene consumentenbelang (in de zin van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid).

1.4 Consultatie-informatie

De NZa nodigt u uit om vóór 17 februari 2007 schriftelijk uw eigen visie en commentaar in te sturen op de punten die in dit consultatiedocument aan de orde komen. Wij ontvangen uw commentaar bij voorkeur in elektronische vorm als bijlage bij een e-mail bericht.

U kunt uw reactie sturen aan het secretariaat van de directie Ontwikkeling van de NZa, via het volgende e-mail adres: AMM@nza.nl

Als u uw reactie (ook) per post of fax in wilt sturen kunt u deze richten aan:

Secretariaat directie Ontwikkeling
Nederlandse Zorgautoriteit
Postbus 3017
3502 GA Utrecht

Faxnummer 030-296 82 96

Onder vermelding van 'Reactie <uw naam of bedrijf> consultatie Visie AMM in de Zorg'.

² Zie ook Artikel 18, vierde lid Wmg: 'De zorgautoriteit richt zich naar de uitleg van begrippen die de mededingingsautoriteit hanteert in het kader van de toepassing van het mededingingsrecht.'

Gelieve in uw bijdrage een contactpersoon aan te duiden onder vermelding van naam, telefoonnummer en e-mail adres, voor het geval uw bijdrage aanleiding geeft tot vragen om toelichting. Voor nadere informatie van onze kant kunt u contact opnemen met de projectleider AMM bij de NZa, Ron Schipper, op 030-296 83 92 of via e-mail rschipper@nza.nl.

1.5 Vertrouwelijkheid

Binnengekomen commentaar op het consultatiedocument AMM van de NZa wordt op onze website openbaar gemaakt. Indien u om een vertrouwelijke behandeling van uw commentaar verzoekt en/of een duidelijk als zodanig gemarkeerde vertrouwelijke en een niet-vertrouwelijke versie van uw commentaar verstrekt, zal de NZa alleen de niet-vertrouwelijke versie openbaar maken.

1.6 Planning

Na het einde van de consultatieperiode op 17 februari 2007 stelt de NZa op basis van het consultatiedocument en het verzamelde commentaar een Visiedocument AMM op, alsmede Beleidsregels AMM, welke vervolgens openbaar gemaakt zullen worden. De doorlooptijd van dit gedeelte van het proces (inbegrepen opmaak en druk van de publicatie) is naar verwachting circa zes weken, zodat het openbaar maken van het visiedocument vóór eind maart 2007 plaats zal vinden.

1.7 Overzicht van consultatievragen

Onderstaand is een overzicht van de consultatievragen opgenomen. De vragen zijn ook opgenomen bij het relevante onderdeel van de tekst. De hier aangehouden volgorde heeft geen betrekking op het relatieve belang van deze vragen.

Gelieve uw antwoord steeds te voorzien van een motivering en waar mogelijk van voorbeelden en onderbouwende (kwalitatieve en/of kwantitatieve) gegevens. Vanzelfsprekend kan ook commentaar gegeven worden op andere voor AMM relevante onderwerpen dan die welke in de consultatievragen aan de orde komen.

1. De NZa stelt drie voorwaarden voordat tot een AMM-analyse wordt overgegaan. Er moet sprake zijn van:

- hoge en aanhoudende toetredingsdrempels; of
- afwezigheid van dynamische factoren die tenderen naar daadwerkelijke mededinging; en
- niet volstaan van algemene regels om marktfalen op te lossen of te voorkomen.

Bent u het hiermee eens?

2. Welke termijn acht u relevant bij de toets of waarschijnlijk is dat op termijn ook zonder AMM ingrijpen daadwerkelijke mededinging zal ontstaan?

3. De NZa stelt voor om het bestrijden en voorkomen van uitsluiting voorrang te geven boven uitbuiting. Bent u het hiermee eens? Kunt u in uw antwoord voorbeelden geven van (bestaande) situaties waarin (succesvol) optreden tegen uitsluiting niet zou volstaan?

4. De NZa hanteert een verschil in behandeling van inkoopmacht en verkoopmacht, met name ten aanzien van de marktaandeeldrempels. Bent u het hiermee eens? Wat is uw mening ten aanzien van de hoogte van de aangegeven hoogtes van 70% respectievelijk 55%?
5. In hoeverre kunnen en/of moeten (potentiële) effecten van gedrag leidend zijn voor het opleggen van verplichtingen aan een AMM-partij?
6. Bent u het eens met de primaire categorisering in inkoopmacht en verkoopmacht, met als secundaire variabele horizontale en/of verticale integratie?
7. Is een koppeling in de analyse tussen de verschillende vormen van marktmacht (inkoop- en verkoopmacht) en mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen wenselijk?
8. Bent u het eens met de aangegeven koppeling (in de betreffende tabel) tussen de genoemde potentiële mededingingsproblemen en de aangegeven mogelijke verplichting(en)?
9. Welke andere belangrijke potentiële mededingingsproblemen worden in het document niet omschreven en zijn binnen de zorgsector wel van belang?
10. Bent u het eens met de in het document aangegeven zwaarte van:
- de verschillende verplichtingen
 - de mate van administratieve belasting?

2. Managementsamenvatting

2.1 Inleiding

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) houdt toezicht op de publieke belangen in de zorg: deze zorg moet toegankelijk, kwalitatief goed en bovendien betaalbaar zijn en blijven voor de consument. Het consumentenbelang – geconcretiseerd in de meetbare criteria toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid – staat voor de NZa voorop bij de uitoefening van al haar taken.

Een belangrijk instrument om het consumentenbelang in de zorgsector te dienen is het invoeren van vraaggestuurde marktwerking, die zorgaanbieders en verzekeraars stimuleert om te concurreren om de gunst van de consument. Die marktwerking kan tekort schieten waar Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) bestaat die bepaalde zorgaanbieders of zorgverzekeraars in staat stelt zich onafhankelijk van de andere marktpartijen te gedragen, zodat zij hun concurrenten kunnen uitsluiten en/of consumenten kunnen uitbuiten.³ In dit geval kan de NZa verplichtingen opleggen om hun gedrag te disciplineren. Op deze wijze streeft de NZa naar het scheppen van een gelijk speelveld.

Het AMM-instrument is echter niet het enige instrument van de NZa om marktwerking te bevorderen: het dient als aanvulling op de algemene instrumenten die dienen om markten te liberaliseren en algemeen marktfalen op te lossen. Bij deze algemene maatregelen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het nemen van maatregelen ter bevordering van transparantie, het afbreken van toetredingsdrempels en directe ingrepen in de prijsvorming met efficiëncyprikkels (zoals een prijsplafond op basis van maatstafconcurrentie). AMM is relevant waar in specifieke gevallen mededingingsproblemen bestaan die door deze algemene maatregelen niet of onvoldoende opgelost kunnen worden.

Bovendien zal de NZa zo efficiënt mogelijk gebruik maken van haar beschikbare middelen voor de toepassing van het AMM-instrument: de benodigde inspanning om een AMM-onderzoek uit te voeren is groot, zodat jaarlijks maar ruimte is voor een beperkt aantal zaken. Deze zaken moeten dan ook op basis van een duidelijke prioritering worden gekozen, en dit document dient om daar criteria voor te ontwikkelen. De NZa wil met dit consultatiedocument deze criteria niet alleen toetsen aan extern commentaar, maar wil ook de wijze waarop zij van plan is haar AMM-instrument toe te passen transparant en inzichtelijk maken. Hiermee wordt aan marktpartijen behalve inspraak zo veel mogelijk duidelijkheid vóóraf geboden.

2.2 Belang van het AMM-instrument

Als de NZa vaststelt dat op een bepaalde markt AMM bestaat, betekent dit dat er op die markt de gewenste ontwikkeling naar daadwerkelijke concurrentie in gevaar is. Als een marktpartij beschikt over een AMM-

³ Artikel 47 Wmg: '[O]nder aanmerkelijke marktmacht [wordt] verstaan 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: zijn concurrenten; ziektekostenverzekeraars, als het een zorgaanbieder betreft; zorgaanbieders, als het een ziektekostenverzekeraar betreft of consumenten.'

positie wil dit immers zeggen dat deze partij zich onafhankelijk van zijn concurrenten, leveranciers en/of afnemers kan gedragen, en dus niet door marktwerving wordt gedisciplineerd.

De hoogte van het marktaandeel van een marktpartij geeft een belangrijke aanwijzing voor het al dan niet bestaan van AMM, maar een hoog marktaandeel wil nog niet automatisch zeggen dat er inderdaad sprake is van AMM. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van voldoende potentiële concurrentie (mogelijkheden voor toetreding door nieuwkomers) en/of van inkoopmacht aan de andere kant van de markt waardoor een weliswaar grote marktpartij zich niet onafhankelijk kan gedragen.

Een AMM-partij kan mogelijkheden en prikkels hebben om zijn marktmacht te gebruiken voor het uitsluiten van concurrenten – om vervolgens na het verdwijnen van deze concurrenten zijn klanten uit te buiten. Een partij met AMM kan zijn marktmacht ook direct (dus zonder eerst concurrenten uit te sluiten) gebruiken voor het uitbuiten van consumenten (of zijn leveranciers).

Een aantal (fictieve) voorbeelden van de negatieve effecten van AMM:

- Als een ziekenhuis met een AMM-positie aan een bepaalde zorgverzekeraar alleen nog niet-geliberaliseerde zorg (zoals hartoperaties) wil leveren als deze zorgverzekeraar ook geliberaliseerde zorg (bijvoorbeeld knieoperaties of staaroperaties) exclusief bij dit ziekenhuis afneemt en zo aan koppelverkoop doet. Concurrerende aanbieders van geliberaliseerde zorg kunnen zo uitgesloten worden van de markt voor bijvoorbeeld het aanbieden van knieoperaties. Op die manier is er een minder groot aanbod van zorgproducten waaruit de consument kan kiezen.
- Als het thuiszorgonderdeel binnen een zorgconcern met een AMM-positie haar cliënten die verzorging nodig hebben automatisch doorgeleidt naar haar eigen verzorgingshuizen, om te voorkomen dat deze cliënten naar verzorgingshuizen van concurrenten gaan, terwijl concurrenten een beter aanbod doen.
- Als een ziekenhuis met een AMM-positie voor bepaalde geliberaliseerde zorg tijdelijk onder de kostprijs gaat werken (rooftprijzen) om een zelfstandig behandelcentrum (ZBC) in de regio uit de markt te drukken met als doel daarna de prijzen flink te verhogen (respectievelijk de kwaliteit te verlagen, of beide). Dit heeft dus nadelige gevolgen voor zowel het ZBC als uiteindelijk voor de consument.

Behalve naar de negatieve effecten van AMM op de concurrentie wordt ook gekeken naar de nadelige maatschappelijke gevolgen: de vraag of het consumentenbelang wordt geschaad, vertaald in termen van de publieke doelen toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid. Hierbij wordt niet alleen rekening gehouden met de korte termijn (bij het bovengenoemde rooftprijzenvoorbeeld: tijdelijk lagere prijzen), maar ook met de langere termijn (in bovengenoemd voorbeeld: uiteindelijk wegvallen van keuzemogelijkheden gevolgd door hogere prijzen en lagere kwaliteit).

Bovengenoemde negatieve effecten kan de NZa voorkomen met behulp van het AMM-instrument. Zoals al eerder is aangegeven moet daarbij wel worden aangetekend dat het AMM-instrument alléén niet voldoende is om daadwerkelijke mededinging tot stand te brengen in markten die zich in een overgangsfase tussen (volledige) regulering en (zo veel mogelijk)

liberalisering bevinden: hiertoe is vereist dat AMM in samenhang met — en vooral in aanvulling op — algemene verplichtingen wordt toegepast.

2.3 Verhouding tot algemeen mededingingsrecht

Het AMM begrip in de Wmg sluit nauw aan bij het begrip economische machtspositie in het algemene (Europese en Nederlandse) mededingingsrecht. Bovendien is de Mededingingswet (Mw), die algemene concurrentieregels bevat en die wordt gehandhaafd door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), onverkort van toepassing op zorgmarkten. Vandaar dat de NZa bij haar toepassing van het AMM-instrument aansluit bij ontwikkelingen in het algemene mededingingsbeleid en optreedt na nauw overleg en afstemming met de NMa.

Het AMM-instrument houdt in dat de NZa de bevoegdheid heeft om na het constateren van AMM vóóraf ('ex ante') verplichtingen op te leggen om te voorkómen dat partijen met AMM overgaan tot uitsluiting en uitbuiting. De NMa kan daarentegen op basis van het algemene mededingingsrecht alleen achteraf misbruik van een economische machtspositie ('ex post') aanpakken.

De reden waarom de NZa de bevoegdheid heeft om ex ante verplichtingen op te leggen, is dat de zorgsector zich in een overgangsfase van gereguleerde naar geliberaliseerde markten bevindt. Om daadwerkelijke concurrentie tot ontwikkeling te brengen en om, waar deze concurrentie niet tot stand komt, uitkomsten te leveren die vergelijkbaar zijn met die in daadwerkelijk concurrerende markten, is een intensiever toezicht nodig — dus vóóraf, door een sectorspecifieke toezichthouder. Met behulp van het AMM-instrument maakt en bewaakt de NZa zorgmarkten ten behoeve van de waarborging van de publieke belangen voor de consument en functioneert de NZa in aanvulling op het algemene mededingingstoezicht van de NMa en de Europese Commissie.

Bij gevallen die zowel door de NMa op basis van de Mw als door de NZa op basis van de Wmg kunnen worden behandeld, heeft de NZa voorrang op grond van artikel 18 Wmg. Tussen de NZa en de NMa bestaan verder afspraken over het onderling verwijzen en de gezamenlijke behandeling van zaken. Het is dus voldoende om een verzoek om op te treden bij één van beide autoriteiten neer te leggen. Vanwege de voorrangsregel ligt het in de meeste gevallen voor de hand dit bij de NZa te doen⁴. In bijlage 2 bij dit consultatiedocument is een overzicht opgenomen van de raakvlakken in taken van de NZa en taken van de NMa.

2.4 Methode

Het AMM-instrument van de NZa strekt zich uit tot de Nederlandse zorgverzekeringsmarkten, de zorgverleningsmarkten en de zorginkoopmarkten. Deze markten betreffen zowel gereguleerde als geliberaliseerde markten.

Ten aanzien van het opleggen van AMM-verplichtingen hanteert de NZa de volgende methode:

⁴ Zie MvT bij de Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30186, nr 3, blz 21. Hieruit blijkt dat voor fusiecontrole, de handhaving van het kartelverbod en de handhaving van het verbod op misbruik van een economische machtspositie de hoofdtaak is van de NMa, terwijl het op gang brengen van concurrentie en het creëren van een gelijk speelveld de taak is van de NZa.

- **Risicoanalyse:** de NZa gaat over tot het toepassen van haar AMM-instrument naar aanleiding van de resultaten van een risicoanalyse. Deze risicoanalyse voert de NZa uit om te bepalen of voldoende waarschijnlijk is dat zich een AMM probleem voordoet om een nader onderzoek te starten, om te bepalen of andere (algemene) maatregelen niet méér aangewezen en/of voldoende doeltreffend zijn en om prioriteiten te stellen. De NZa start deze risicoanalyse ambtshalve, of na meldingen of aanvragen van belanghebbenden, of een combinatie hiervan. De NZa kan besluiten over te gaan tot een uitvoerige AMM-analyse (marktafbakening en AMM bepaling) indien wordt voldaan aan een van de volgende drie criteria:
 - er zijn hoge en aanhoudende toetredingsdrempels, en/of
 - de markt tendeert op termijn niet naar daadwerkelijke mededinging en
 - ingrijpen op basis van (minder ingrijpende) algemene regels volstaat niet.

Met behulp van de risicoanalyse kan de NZa haar beschikbare middelen zo doelmatig mogelijk inzetten.



risico-analyse...

- **Marktafbakening:** vervolgens wordt aan de hand van een economische analyse een voor de AMM beoordeling 'relevante' (product- en geografische) markt afgebakend die inzicht verschaft in de concurrentieverhoudingen op de markt in het specifieke geval.
- **AMM bepaling:** daarna wordt gekeken of op die relevante markt inderdaad een partij beschikt over aanmerkelijke marktmacht (AMM). Daarbij kijkt de NZa onder meer naar het marktaandeel van die partij, potentiële concurrentie (door toetreding), de vraag of compenserende marktmacht (bijvoorbeeld inkoopmacht) bestaat en de vraag of er belangrijke overstapdrempels bestaan voor afnemers/consumenten, die het bestaan van AMM in de hand werken.

- **Mededingingsbeperkingen:** in het kader van de uitvoerige AMM-analyse wordt bekeken of feitelijke en/of potentiële⁵ mededingingsbeperkingen kunnen samenhangen met het bestaan van AMM op de markt (als oorzaak en/of gevolg). Mededingingsbeperkingen kunnen zich uiten in uitsluiting van concurrenten en/of uitbuiting van afnemers/consumenten. Anders geformuleerd:

- Effecten op de mededinging
- Maatschappelijke gevolgen, te weten de gevolgen voor het algemeen consumentenbelang in termen van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid.

Bij deze analyse wordt dus aandacht besteed aan de (potentiële) gevolgen van het gedrag op de markt – hoewel het bestaan van misbruik van een aanmerkelijke marktmachtpositie niet formeel hoeft te worden bewezen (zoals wel vereist bij het vaststellen van misbruikelijk gedrag van een partij met een economische machtspositie, zoals bedoeld in artikel 24 Mededingingswet).

- **Proportionele verplichtingen:** ten slotte wordt geanalyseerd welke verplichtingen aan de AMM-partij kunnen worden opgelegd om de concurrentiebeperkingen op te lossen en/of verder te voorkomen.

2.5 Verplichtingen

De verplichtingen die de NZa aan een partij met AMM kan opleggen staan opgesomd in artikel 48 Wmg en hebben betrekking op:

- **Aanbod:** transparantie van het aanbod, non-discriminatie, ontbundeling van het aanbod, het doen van een openbaar aanbod, het wijzigen van een dergelijk aanbod
- **Leveringsplicht:** het moeten voldoen aan ieder redelijk verzoek tot het sluiten van een overeenkomst
- **Boekhouding en kostentoerekening:** het voeren van een gescheiden boekhouding en het volgen van bepaalde principes voor de toerekening van kosten
- **Schaarste:** het niet voor zichzelf mogen reserveren van een onredelijke capaciteit zodanig dat de voor andere marktpartijen beschikbare capaciteit in het gedrang komt
- **Tariefregulering:** de verplichting tot het vaststellen van tarieven volgens een door de NZa bepaalde methode.

Er kan zo nodig meer dan één verplichting tegelijk worden opgelegd. Bij Ministeriële regeling kunnen nog andere dan de hierboven genoemde verplichtingen worden aangewezen die de NZa kan opleggen.

De opgelegde verplichtingen moeten proportioneel (ook wel: 'passend') zijn: dat wil zeggen dat het de lichtste ingreep moet betreffen die nog afdoende is om de (verwachte) problemen op te lossen.

⁵ Tenminste in de vorm dat de AMM aanbieder mogelijkheden en prikkels heeft om de mededinging te beperken.

2.6 Opportuniteit en prioriteiten

Om haar beschikbare middelen zo doelmatig mogelijk in te kunnen zetten, maar ook vanwege het ontbreken van een richtinggevend Europees kader zoals dat bijvoorbeeld wel bestaat in de elektronische communicatie- energie- en transportsector, zal de NZa ten aanzien van het inzetten van het AMM-instrument zelf duidelijke prioriteiten stellen. Bovendien vindt de NZa dat zij als bestuursorgaan ook duidelijk en transparant moet zijn over haar prioriteiten, dus niet alleen wat deze inhouden, maar ook waarom hiervoor gekozen wordt. Dit is des te belangrijker gegeven de liberaliseringscontext in de zorg waar marktpartijen voldoende voorspelbaarheid over overheidsoptreden vooraf nodig hebben om in de nieuwe omgeving verantwoorde keuzes te kunnen maken.

Bij de voornoemde risicoanalyse en de daarop volgende uitvoerige AMM-analyse zal de NZa de volgende prioriteringscriteria hanteren:

- **Negatieve maatschappelijke gevolgen:** voordat wordt ingegrepen moeten (merkbare) negatieve gevolgen worden verwacht voor het algemene consumentenbelang, in termen van toegankelijkheid, kwaliteit of betaalbaarheid.
- **Verkoopmacht kent meer risico's dan inkoopmacht:** omdat juist beoogd wordt dat inkopers druk uitoefenen op verkopers van zorg om daarmee de betaalbaarheid te bewaren, ligt het voor de hand dat inkoopmacht niet prioritair wordt aangepakt, met name in die gevallen waarin de achterliggende consumentenmarkt voldoende concurrerend is. Dan zullen de in de zorginkoopmarkt behaalde voordelen immers aan de consument worden doorgegeven. Inkoopmacht kan daarentegen wel problematisch zijn als deze gerelateerd is aan verkoopmacht op zorgverzekeringsmarkten, bijvoorbeeld als exclusieve overeenkomsten met essentiële zorgaanbieders daadwerkelijke concurrentie in de zorgverzekeringsmarkten ondermijnen, of waar de inkoopmacht dermate wordt uitgebuit dat hiermee het consumentenbelang op lange termijn wordt geschaad door bijvoorbeeld ernstige verschraling van het zorgaanbod. In deze gevallen worden de voordelen immers juist niet doorgegeven aan consumenten.

Gegeven de geringere risico's die kleven aan inkoopmacht als zodanig wordt verkoopmacht echter als de grotere prioriteit aangemerkt, vooral waar geen compenserende inkoopmacht bestaat. Dit geldt in het bijzonder waar zorgaanbieders een verticaal of horizontaal hefboomeffect kunnen gebruiken om AMM in gereguleerde markten over te hevelen naar geliberaliseerde markten. Dit leidt tot extra aandacht voor rooftprijzen, getrouwheidskortingen en koppelverkoop met uitsluitende effecten.



uitsluiting door middel van de verkoopmacht...

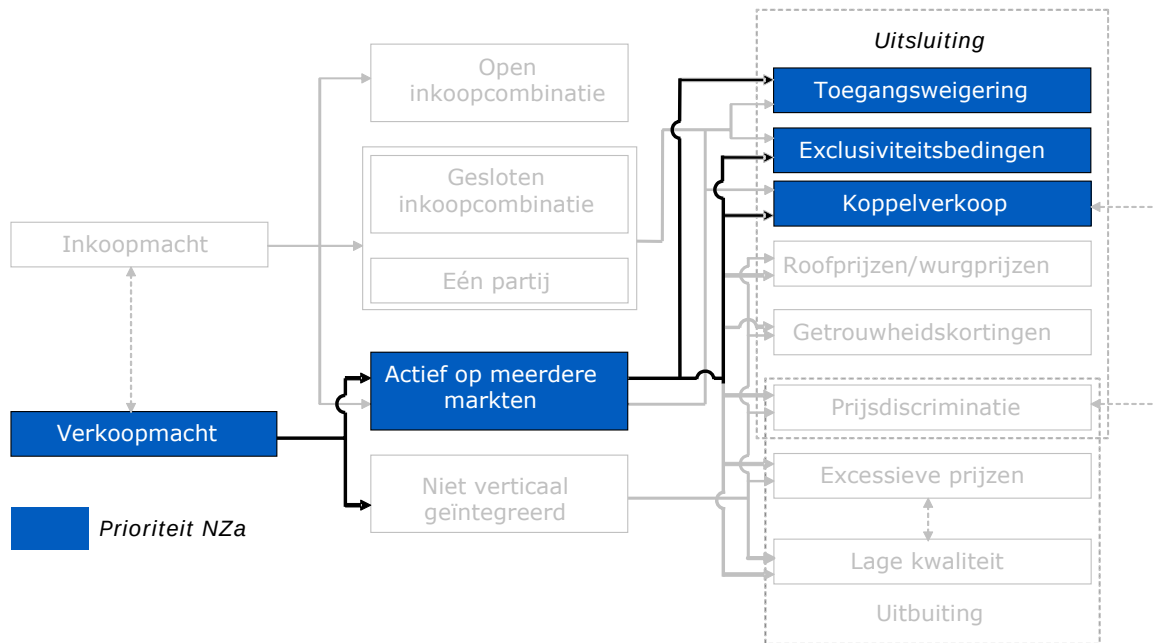
- **Uitsluiting heeft voorrang boven uitbuiting:** de NZa geeft prioriteit aan verplichtingen die uitsluiting tegengaan omdat:
 - dit ook tot een meer fundamentele en uiteindelijk effectievere oplossing van uitsluitingsproblemen leidt
 - en het in de zorgsector over markten in een overgangsfase gaat waarin het opnieuw invoeren van directe regulering van individuele marktpartijen als eerste keuze niet wenselijk is.

Uitbuiting is immers het gevolg van een gebrek aan effectieve concurrentie. Uitbuiting kan dus weliswaar op korte termijn worden ingedamd door de uitbuitende partij te reguleren, maar op langere termijn is de consument meer gediend met de ontwikkeling van een marktstructuur gebaseerd op effectieve concurrentie die de betrokken partijen disciplineert en uitbuiting daarmee voorkomt.

Hoge prijzen of lage kwaliteit (uitbuiting) kunnen indicatief zijn voor falende concurrentie, maar de NZa zal er primair naar streven in dit geval daadwerkelijke concurrentie te stimuleren — door uitsluiting aan te pakken — in plaats van prijzen te reguleren. Als uitsluiting voorkomen wordt, zal — bij afwezigheid van andere toetredingsdrempels — dit er immers toe leiden dat op termijn geen uitbuiting mogelijk is. Alleen als ook op langere termijn de concurrentiedruk niet voldoende kan worden opgevoerd door het voorkomen van uitsluiting kan er aanleiding zijn om uitbuiting direct aan te pakken.

Schematisch gezien leidt dit tot het onderstaande prioriteringsoverzicht van de NZa waarin AMM is gekoppeld aan de mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen. (Dit laat onverlet dat in gevallen waar de achterliggende consumentenmarkten onvoldoende concurrerend zijn, of waar inkoopmacht het algemeen consumentenbelang schaadt bijvoorbeeld door blijvende verschraling van het zorgaanbod, toch tegen inkoopmacht zal worden opgetreden.)

Figuur 1: koppeling AMM aan potentiële gedraging



2.7 Voorlopige maatregelen en handhaving

Bij spoedeisende gevallen die inhoudelijk voldoende duidelijk zijn, kan de NZa voorlopige maatregelen opleggen om de belangrijkste problemen, in afwachting van een definitieve procedure, alvast op te lossen.

De NZa kan het nakomen van opgelegde AMM-verplichtingen handhaven (afdwingen) met behulp van bestuursdwang, door het opleggen van een last (opdracht) onder dwangsom en/of het opleggen van bestuurlijke boetes.

2.8 Behandeling van klachten en meldingen

Een ieder kan bij de NZa terecht met meldingen over problemen die het gevolg zijn van AMM. Zulke problemen kunnen bijvoorbeeld zijn: te hoge tarieven of juist tarieven onder de kostprijs, leveringsweigering en koppelverkoop.

Alleen belanghebbenden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht kunnen een aanvraag indienen waarop de NZa een besluit dient te nemen. Een individuele consument zal juridisch niet snel voldoen aan de criteria van het belanghebbende-begrip. Zo moet bijvoorbeeld sprake zijn van een persoonlijk, onderscheidend belang ten opzichte van andere consumenten. Dit is in de praktijk niet vaak aan de orde. De Wmg heeft in ieder geval voorzien in een ruimere mogelijkheid voor op landelijk niveau werkzaam zijnde consumenten- en patiëntenorganisaties. De wijze van afhandeling van aanvragen en de rechtsbescherming is geregeld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Het is mogelijk dat de NZa oordeelt dat de aanvraag geen betrekking heeft op gedrag dat binnen de bevoegdheden van de NZa valt. Het is ook mogelijk dat de NZa op grond van haar prioriteringscriteria vindt dat een bepaald onderwerp geen prioriteit heeft. De aanvraag kan dan worden afgewezen. Eventueel kan de NZa de verschaft informatie gebruiken als inbreng bij een algemeen onderzoek of risicoanalyse ten aanzien van een bepaald product of bepaalde markt.

Als de NZa vindt dat er voldoende aanleiding is om een individueel AMM-onderzoek in te stellen, wordt de partij waarop de klacht of melding betrekking heeft in staat gesteld om op een voorgenomen besluit van de NZa tot oplegging van verplichtingen te reageren en volgt uiteindelijk een formele beschikking van de NZa waarin wordt vastgesteld of de betrokken partij AMM heeft en indien nodig welke verplichtingen aan deze partij worden opgelegd. Voor de totstandkoming van een dergelijke beschikking past de NZa de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure volgens de Awb toe.

Belanghebbenden bij een beschikking van de NZa waarin verplichtingen aan een AMM-partij worden opgelegd, kunnen hiertegen rechtstreeks beroep aantekenen bij het College voor Beroep van het Bedrijfsleven (CBB) dat hierop in eerste en laatste instantie beslist. Alleen ten aanzien van voorlopige maatregelen en handhavingsbesluiten is een voorafgaande bezwaarprocedure van toepassing. Tegen een boetebesluit van de NZa gaat een beroep bij de Rechtbank Rotterdam vooraf aan een hoger beroep bij het CBB.

2.9 Publiciteit

De NZa zal haar activiteiten op het gebied van AMM en de daaruit voortvloeiende AMM-beschikkingenpraktijk zo transparant mogelijk maken, voorzover dat in overeenstemming is met de Wet openbaarheid van bestuur en het samenwerkingsprotocol tussen de NZa en de NMa daaraan niet in de weg staat. Dit betekent concreet het volgende:

- de NZa rapporteert regelmatig in algemene zin over de manier waarop zij met het AMM-instrument omgaat.
- als de NZa besluit een onderzoek in te stellen wordt per geval beoordeeld of publiciteit meerwaarde heeft en in welke vorm dit gebeurt (uitgangspunt daarbij is het consumentenbelang)
- in geval van publicatie worden geen vertrouwelijke gegevens (ook niet van de melder of klager) bekend gemaakt.
- vanzelfsprekend maakt de NZa beschikkingen openbaar.

3. Inleiding – het begrip AMM

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat nader in op het begrip AMM. Eerst (i) wordt de relatie tussen AMM en het consumentenbelang, dat voor de NZa centraal staat, verkend. Vervolgens komen (ii) de definitie van AMM in de Wmg en (iii) de reikwijdte van het AMM-instrument aan de orde. Tenslotte wordt behandeld (iv) wat de verhouding tussen AMM en het algemene mededingingsrecht is en (v) wat de verhouding met overig Europees recht is.

3.2 Het consumentenbelang en AMM

3.2.1 Algemeen consumentenbelang geconcretiseerd in de publieke doelen

Het consumentenbelang in algemene zin staat voor de NZa bij de uitoefening van al haar taken voorop (artikel 3, derde lid Wmg), dus ook bij de toepassing van het AMM-instrument. Dit algemeen consumentenbelang wordt geconcretiseerd door middel van de drie publieke belangen die de NZa voor de zorgsector behartigt:

- toegankelijkheid;
- kwaliteit;
- betaalbaarheid.

Aan deze kernaspecten van het consumentenbelang zal worden getoetst in de context van de toepassing van het AMM-instrument.

3.2.2 Algemeen consumentenbelang als einddoel van daadwerkelijke mededinging

Het AMM-instrument dient om daadwerkelijke mededinging in de zorgmarkten tot stand te brengen. Vanzelfsprekend is daadwerkelijke mededinging geen doel op zich maar een middel dat dient tot effectieve bevordering van het consumentenbelang in de vorm van het verzekeren van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid. De marktstructuur dient zich dus – met waar nodig inzetten van het AMM-instrument-- zodanig te ontwikkelen dat de consument daar duurzaam de vruchten van plukt.

Dit wordt geconcretiseerd door de toets die de NZa in navolging van de recente jurisprudentie van het CBB⁶ aanlegt: er wordt niet alleen gekeken naar de effecten op de mededinging (dus naar de mogelijkheden van concurrenten om daadwerkelijke mededinging te bewerkstelligen), maar nadrukkelijk ook naar de maatschappelijke gevolgen van (de risico's van) gedrag van AMM-partijen.

Deze maatschappelijke gevolgen worden door de NZa vertaald als de gevolgen voor consumenten, geconcretiseerd in de specifieke gevolgen voor toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid. Dit aspect komt in ieder AMM besluit van de NZa expliciet aan de orde.

⁶ CBB, AWB 05/903 en 05/921 tot en met 05/931, uitspraak van 29 augustus 2006. Hierin wordt gevergd dat tenminste wordt meegewogen of de AMM aanbieder mogelijkheden en prikkels heeft om de mededinging te beperken.

3.3 Definitie van AMM

AMM wordt behandeld in paragraaf 4.3 artikelen 46 tot en met 49 van de Wmg, getiteld 'ontwikkeling zorgverzekeringsmarkt, zorgverleningsmarkt en zorginkoopmarkt'. Artikel 47 Wmg bevat de volgende definitie van AMM:

'[O]nder aanmerkelijke marktmacht [wordt] verstaan 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: zijn concurrenten; ziektekostenverzekeraars, als het een zorgaanbieder betreft; zorgaanbieders, als het een ziektekostenverzekeraar betreft of consumenten.'

Deze definitie in de Wmg is gebaseerd op de uitspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJEG) in de zaak United Brands⁷, ten aanzien van het begrip economische machtspositie in artikel 82 EG-Verdrag. Dit maakt meteen duidelijk hoezeer het AMM-instrument met het algemene mededingingsrecht verwant is. De door het HvJEG ontwikkelde definitie geldt ook voor het begrip economische machtspositie in artikel 24 van de Nederlandse Mededingingswet (Mw) en ten aanzien van het AMM begrip van het sectorspecifieke mededingingsrecht in de elektronische communicatie, in artikel 1, eerste lid, onder s, Telecommunicatiewet. De ontwikkeling van het AMM begrip in de Wmg volgt die van het begrip economische machtspositie in de Europese jurisprudentie. Op de verhouding ten aanzien van het nationale en Europese algemene mededingingsrecht wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

De definitie van AMM in de Wmg omvat twee elementen:

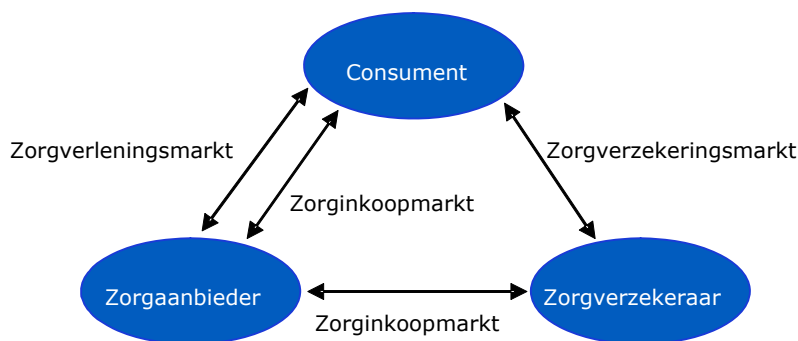
- er moet sprake zijn van een AMM-positie *op een bepaalde markt*
- die de betreffende zorgaanbieder dan wel ziektekostenverzekeraar in staat stelt tot *onafhankelijk gedrag*.

Hierop wordt hieronder nader ingegaan.

3.4 Afbakenen van de relevante markt

Het eerste element is het begrip 'relevante markt', dat eveneens is ontleend aan het algemene mededingingsrecht. Marktmacht is immers gerelateerd aan een specifieke 'relevante markt' waarop de AMM-partij actief is en die van geval tot geval met behulp van een kwalitatieve en zo mogelijk kwantitatieve economische analyse moet worden afgebakend. Het begrip relevante markt is een technisch economisch begrip dat nauwkeuriger is dan de begrippen zorginkoopmarkt, zorgverzekeringsmarkt en zorgverleningsmarkt uit artikel 46 Wmg die meer aansluiten bij het normale spraakgebruik. Deze drie begrippen zijn wel nuttig om in algemene termen te kunnen spreken over de markten waar de NZa prioriteiten ziet.

⁷ HvJEG, Zaak 27-76 United Brands v Commissie, Jur. 1978, 207.

Figuur 2: algemene samenhang tussen zorgmarkten

De door de NZa voor de toepassing van AMM afgebakende relevante markten zullen zich echter wel steeds binnen deze drie overkoepelende marktconcepten (binnen de zorgsector) bevinden. In het kort is een relevante markt te omschrijven als het speelveld waarop door partijen wordt geconcentreerd. Een relevante markt heeft twee dimensies: de productmarkt (waar substitueerbare producten of diensten met elkaar concurreren) en de geografische markt (het geografische gebied waar de concurrentie plaatsvindt).

Bij ieder AMM-onderzoek onderzoekt de NZa opnieuw wat de relevante markt is, omdat deze afbakening van geval tot geval kan verschillen. Verschillen kunnen worden veroorzaakt door de casuspositie maar ook door de ontwikkeling van de markt zelf. Eerdere uitspraken van de NZa of de NMa in vergelijkbare gevallen kunnen dus wel een rol spelen in de analyse door de NZa, maar zijn niet bepalend en bindend.

Overigens hoeven de effecten van marktmacht niet beperkt te zijn tot de relevante markt waarop een partij over AMM beschikt. AMM kan de (totstandkoming) van marktwerking op een (horizontaal of verticaal) aanpalende markt verhinderen, bijvoorbeeld door producten van de twee markten te bundelen of door kruissubsidies die resulteren in hoge prijzen op de AMM-markt en lage prijzen op de aanpalende markt. Dan kan er sprake zijn van het overhevelen van marktmacht ('leveraging').

3.5 Vaststellen van mogelijkheid tot onafhankelijk gedrag

Het tweede element dat relevant is voor AMM is dat de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar zich onafhankelijk van zijn concurrenten, zijn wederpartijen en/of zijn consumenten kan gedragen. Dit heeft betrekking op de verhoudingen tussen marktpartijen en betekent dat de partij met AMM (AMM-partij) de macht heeft om voor een bepaalde periode onafhankelijk van anderen prijzen, kwaliteit en of andere concurrentieparameters op aanmerkelijke wijze te beïnvloeden, zodat daarmee de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de relevante markt wordt verhinderd. (Hoge) marktaandelen geven een belangrijke indicatie van AMM maar ook andere factoren zoals de aanwezigheid en de hoogte van toetredingsdrempels (dus de mate van potentiële concurrentie door nieuwe toetreders) en van compenserende marktmacht aan de andere kant van de markt (inkoopmacht) worden meegewogen. Een AMM-positie kan door twee of meerdere partijen collectief worden ingenomen wanneer deze feitelijk optreden als één blok (dit kan door middel van expliciete of impliciete (stilzwijgende) samenwerking). Er is dan sprake van een gezamenlijke AMM.

In hoofdstuk 5 wordt nader ingegaan op de aan het algemene mededingingsrecht ontleende methodiek die de NZa hanteert voor de afbakening van de relevante markt en om te bepalen of een AMM-positie bestaat.

3.6 De reikwijdte van het AMM-instrument

3.6.1 Wettelijke basis

Bij amendement van het wetsvoorstel Wmg is de toepassing van het AMM-instrument zoals omschreven in artikel 46 Wmg uitgebreid van (delen van de) zorginkoopmarkt (waar vrije prijsvorming mogelijk is) naar alle zorgmarkten, dus ook naar de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt⁸. Bovendien beperkt de toepassing zich als gevolg van dit amendement niet meer tot markten met vrije tarieven, maar is het AMM-instrument nu ook van toepassing op tariefgereguleerde markten. Concreet betekent dit dat het AMM-instrument niet alleen toepasbaar is op ziekenhuizen en ziektekostenverzekeraars, maar bijvoorbeeld ook op eerstelijnszorgaanbieders en zorgkantoren⁹.

Daar staat tegenover dat de belangrijkste redenen die bij het oorspronkelijke wetsvoorstel werden aangedragen om de zorgverzekeringsmarkt al dan niet te onderwerpen aan het AMM regime wel zullen worden meespelen bij de afweging van de NZa om al dan niet over te gaan tot een AMM-analyse:

- de zorgverzekeraars werken al langere tijd in onderlinge concurrentie;
- de Zvw voorziet in voorwaarden die concurrentie stimuleren zoals de acceptatieplicht, de mogelijkheid jaarlijks van verzekeraar te veranderen, het verbod op premiedifferentiatie en de plicht tot het doen van een landelijk aanbod bij meer dan 850.000 verzekerden.

Ten aanzien van de beperking die de Derde Schaderichtlijn¹⁰ stelt aan de mogelijkheden om verplichtingen aan (zorg)verzekeraars op te leggen die in de Memorie van Toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel Wmg werd aangevoerd als reden om de zorgverzekeraars niet aan het AMM regime te onderwerpen, meent de NZa dat deze beperking niet van dien aard is dat dergelijke verplichtingen niet zouden kunnen worden opgelegd (zie voorts paragraaf 3.9.2)

3.6.2 Reikwijdte begrensd door proportionaliteitsbeginsel en risicoanalyse

Het AMM-instrument zal ondanks deze brede bevoegdheid van de NZa natuurlijk niet ineens over de volle breedte van de zorginkoopmarkt, de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt worden ingezet. In de eerste plaats geldt een AMM verplichting alleen voor de AMM-positie van een bepaalde partij die wordt vastgesteld op een (kleinere) relevante markt. Bovendien zal het AMM-instrument altijd proportioneel moeten

⁸ De NZa kan het AMM-instrument toepassen op alle zorgmarkten. Amendement van kamerlid Heemskerk. Tweede Kamer vergaderjaar 2005-2006, 30186, nummer 23.

⁹ Omdat zorgkantoren niet worden beschouwd als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht vallen zij niet onder de Mw (waarvan de toepassing juist tot ondernemingen beperkt is). De AMM bepalingen van de Wmg – die niet gebaseerd zijn op het ondernemingsbegrip --- zijn wel van toepassing op zorgkantoren.

¹⁰ Richtlijn 92/49/EEG, PubEG 1992, L228/1.

worden aangewend en moet de beschikbare capaciteit van de NZa zo doelmatig mogelijk (dus op basis van duidelijke prioriteiten) worden ingezet.

Dit betekent dat een AMM beoordeling (ambtshalve) alleen in die gevallen zal worden gemaakt waar een risicoanalyse aangeeft dat er problemen (te verwachten) zijn met betrekking tot de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging op een bepaalde markt die inzet van het AMM-instrument vergen. In deze risicoanalyse worden ook de prioriteiten van de NZa meegewogen. De NZa heeft op grond van haar bevoegdheid tot het monitoren van de zorgmarkten de beschikking over de benodigde informatie om deze risicoanalyses uit te voeren. Hierop wordt in Hoofdstuk 5 nader ingegaan. Daarnaast kan de NZa een AMM onderzoek openen als daartoe aanleiding bestaat op basis van een klacht of melding.

3.6.3 Reikwijdte AMM op zorgmarkten in relatie tot de consument

Zoals hiervoor toegelicht omschrijft artikel 46 Wmg de drie typen markten waarop het AMM-instrument van de NZa van toepassing is als de zorginkoopmarkten, zorgverzekeringsmarkten en zorgverleningsmarkten. Hieronder wordt kort ingegaan op de relevantie van het algemene consumentenbelang voor de toepassing van het AMM-instrument op deze drie typen markten:

- **Zorginkoopmarkten:** de prioriteiten van de NZa (zie hoofdstuk 4 en 5 voor een nadere uitleg van de prioriteringscriteria) gelden met name de zorginkoopmarkten. Gegeven de zorgplicht van de verzekeraar staan hier vooral de zorgaanbieders en zorgverzekeraars tegenover elkaar.¹¹ De NZa beoogt de onderhandelingspositie van deze partijen op de zorginkoopmarkten, in balans te brengen. De NZa vindt dit in eerste aanleg belangrijker dan het bestrijden van AMM op de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt, ook omdat AMM op deze markten waarschijnlijk minder snel voor zal komen.

Ten aanzien van de twee markten waarop de consument als individu wél altijd actief is geldt het volgende:

- **Zorgverzekeringsmarkten:** Wat betreft de zorgverzekeringsmarkten geldt een aantal fundamentele wettelijke waarborgen die de consument beschermen. Dit betreft de volgende wettelijke plichten van ziektekostenverzekeraars:
 - de zorgplicht: plicht tot het inkopen van de benodigde zorg (zorgplicht) waar de verzekerde krachtens de wettelijke aanspraken recht op heeft
 - de acceptatieplicht (die werkt als een verbod op risicoselectie)
 - het verbod op premiedifferentiatie
 - de plicht tot het doen van een landelijk aanbod bij meer dan 850.000 verzekerden.

Deze wettelijke garanties van het consumentenbelang in combinatie met het feit dat op de zorgverzekeringsmarkt veelal sprake zal zijn

¹¹ Consumenten met een restitutiepolis kopen weliswaar direct zorg in maar zijn in beperkte mate gevoelig voor de prijzen die daarvoor in rekening worden gebracht omdat deze in principe volledig worden vergoed door de verzekeraar. Het heeft voor hen dus weinig zin om 'scherp' in te kopen.

van een landelijke markt, garanderen dat de consument voldoende keuzemogelijkheden heeft. Waar dit niet het geval is, zal de NZa ook op de zorgverzekeringsmarkt als volgt optreden op basis van AMM:

- prioritair ten aanzien van voorkomen van uitsluiting (bijvoorbeeld door exclusieve contracten met essentiële zorgaanbieders) en stimuleren van toetreding, om daadwerkelijke concurrentie alsnog op gang te brengen;
- alleen als uiterste remedie direct ingrijpen in de prijzen en voorwaarden van bijvoorbeeld regionaal over AMM beschikkende verzekeraars om uitbuiting tegen te gaan.

— **Zorgverleningsmarkt:** een aantal mechanismen zorgt ervoor dat AMM-interventie ten behoeve van individuele consumenten op de zorgverleningsmarkt slechts in beperkte mate aan de orde zal hoeven te zijn:

- Wettelijke garanties universele dienst: voor acute zorg, toppreferente zorg en de vergunningsplichtige zorg (ex artikel 2 Wbmv) zal naast invoering van het marktmechanisme op de onderdelen waar dat mogelijk is de voorziening wettelijk gegarandeerd blijven als een universele dienst waarvan de overheid spreiding en prijzen zal blijven reguleren, zodat uitbuiting ten aanzien van bijvoorbeeld eerste hulp of intensive care al op voorhand wordt uitgesloten.
- Afbreken toetredingsdrempels: op deze markten is daarnaast het afbreken van toetredingsdrempels belangrijk om voor daadwerkelijke concurrentie op de zorgverleningsmarkt te zorgen.
- Druk via zorginkoopmarkt en zorgverzekeringsmarkt: AMM-posities op de zorgverleningsmarkt staan indirect onder druk via de zorginkoopmarkt en de zorgverzekeringsmarkt.
 - Zorginkoopmarkt: Verzekeraars zullen voor hun consumenten druk uitoefenen op de zorginkoopmarkt waarmee zij de onderhandelingsmacht van zorgaanbieders op de zorgverleningsmarkt kunnen compenseren.
 - Zorgverzekeringsmarkt: Omdat zowel de vergoeding van de behandeling als de toegangsrechten tot de zorgaanbieder voor de consument geregeld worden op de zorgverzekeringsmarkt is het onwaarschijnlijk dat zorgaanbieders op de zorgverleningsmarkt AMM genieten, die zij kunnen gebruiken om de consument uit te buiten. Als de zorgverzekeringsmarkt daadwerkelijk concurrerend is (of wordt door het inzetten van AMM op deze markt) zal de concurrentiedruk op deze markt doorwerken op de zorginkoopmarkt en daarmee op de zorgverleningsmarkt.
- Restitutiepolissen: ook als restitutiepolissen (eventueel met eigen bijdrage) worden toegepast gaat de NZa er van uit dat in eerste instantie de onderhandelingspositie van de verzekeraar relevant is voor het bepalen van de prijzen op de zorginkoopmarkt en zal, als de consument voldoende keuze heeft op de zorgverzekeringsmarkt, geen prioriteit geven aan optreden. Alleen waar zowel op de zorgverzekeringsmarkt als op de zorgverleningsmarkt sprake is van AMM kan er aanleiding zijn om op te treden, hoewel dan in eerste instantie gekeken wordt in

hoeverre het aanpakken van AMM op de zorgverzekeringsmarkt al een oplossing biedt.

- Aanvullende verzekeringen en niet verzekerde zorg: zorg die niet binnen het wettelijk gegarandeerde basispakket valt is in dit stadium geen prioriteit voor de NZa, gegeven de relatief geringe omvang van deze markten en mede omdat hier in het algemeen minder sprake is van medische noodzaak of urgentie.

3.7 De verhouding van AMM tot het algemene mededingingsrecht

3.7.1 Parallele toepassing

Met de Wmg heeft Nederland voor de zorgsector een sectorspecifiek mededingingsrecht ingevoerd dat geldt náást het algemene nationale en Europese mededingingsrecht. Dit is uniek in Europa. Het betekent wel dat, anders dan bijvoorbeeld voor het sectorspecifieke regime in de elektronische communicatiesector, er voor de zorg geen specifiek Europees reguleringskader bestaat waarin de relevante begrippen en methodes worden uitgewerkt en waarvan de toepassing op Europees niveau wordt gecoördineerd.

Daar staat tegenover dat het algemene mededingingsrecht wel een relevante context vormt voor het zorgspecifieke mededingingsrecht van de Wmg. Zoals al eerder is vermeld, is het AMM begrip in de Wmg geënt op het begrip economische machtspositie uit het algemene mededingingsrecht zoals dit geldt op basis van de Mw en het EG-Verdrag. De uitleg van het begrip AMM zal daarom moeten meegroeien met de Europese jurisprudentie ter zake. Dit betekent dat de methoden van marktafbakening en voor bepaling van marktmacht (AMM) aan het algemene mededingingsrecht ontleend kunnen worden¹².

Het bestaan van een economische machtspositie in een zorgmarkt zal in de meeste gevallen betekenen dat er op die markt sprake is van AMM. Omgekeerd geldt — alleen al omwille van opportuniteit — dat het bestaan van een AMM-positie niet per definitie door de algemene mededingingsautoriteiten wordt uitgelegd als het bestaan van een economische machtspositie¹³.

3.7.2 Verschillen

Het meest evidente verschil met het algemene mededingingsrecht is natuurlijk dat het AMM regime in de Wmg beperkt is tot de zorgsector in Nederland. Er zijn nog drie andere belangrijke verschillen met het algemene mededingingsrecht:

- **Geen misbruikvereiste:** Een belangrijk verschil met het algemene mededingingsrecht is dat de toepassing van het AMM-

¹² MvT bij de Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-20064-2005, 30186, nr 3, blz 20-21.

¹³ Zie de MvT bij de Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-20064-2005, 30186, nr 3, blz 21. Vergelijkbaar de Europese Commissie: 'De aanwijzing van een onderneming als onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een markt die met het oog op voorafgaande regulering is gedefinieerd, impliceert niet automatisch dat deze onderneming ook een machtspositie heeft in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag of nationale bepalingen van gelijke werking'. Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken- en diensten, Pub EG 2002, C165/6, para 30.

instrument in de Wmg niet beperkt is tot situaties waarin het bestaan van een bepaald misbruik kan worden aangetoond. Hiermee reikt het AMM-instrument als preventief ('ex ante') middel dus verder dan de bepalingen ter zake van het algemene mededingingsrecht waar niet tegen het bestaan van een machtspositie als zodanig kan worden opgetreden, maar alleen — achteraf ('ex post') — tegen het misbruik daarvan. Dit is in lijn met de opdracht van de NZa om een (nog niet bestaand) gelijk speelveld te creëren — terwijl de NMa de opdracht heeft de (verondersteld bestaande) concurrentie te handhaven. De begrippen economische machtspositie en AMM hebben dus een andere context en dienen een ander doel en parallelle toepassing in geval van samenloop is derhalve denkbaar (hoewel beperkt door de voorrangsregel in artikel 18 Wmg die hieronder besproken wordt). Het AMM-instrument is bedoeld als tijdelijk — totdat de zorgmarkten daadwerkelijk concurrerend zijn.

- **Geen ondernemingsvereiste:** Een ander belangrijk verschil is dat het AMM begrip, in tegenstelling tot het begrip economische machtspositie uit de Mw en het EG-Verdrag, niet beperkt is tot 'ondernemingen'¹⁴: het gaat in artikel 47 Wmg om 'zorgaanbieders' en 'ziekttekostenverzekeraars'. Dat betekent dat bijvoorbeeld zorgkantoren onder de toepassing van het AMM-instrument van de NZa vallen terwijl zij buiten het ondernemingsbegrip — en daarmee buiten de toepassing van het algemene mededingingsrecht — blijven.
- **De aard van de verplichtingen:** De bevoegdheden van de mededingingsautoriteiten op basis van het algemene mededingingsrecht gaan in beginsel niet verder dan het vaststellen dat een overtreding plaatsvindt en het bevel om deze te beëindigen, eventueel onder het opleggen van een boete of een last onder dwangsom (alleen de nationale rechter is bevoegd om de nietigheid van (delen van) overeenkomsten vast te stellen en schadevergoeding of andere maatregelen op te leggen). De AMM-verplichtingen reiken van het opleggen van transparantievereisten en principes voor kostentoerekening tot het opleggen van (specifieke vormen) van prijsregulering, inclusief kostenoriëntatie. De bevoegdheden van de NZa zijn dus veel ingrijpender dan die van de NMa.

Deze verschillen geven aanleiding tot de vraag of dit leidt tot een gespannen verhouding met het algemene mededingingsrecht. Het antwoord op deze vraag luidt dat dit niet het geval is. Hoewel het Europese mededingingsrecht bepaalt dat nationale mededingingsregels niet strenger of soepeler mogen zijn dan de Europese regels, geldt hierop de volgende uitzondering:

*'Lidstaten mogen uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen.'*¹⁵

Zoals de MvT van de Wmg stelt is deze situatie hier van toepassing: de strengere regels dienen om de overgang naar effectieve concurrentie op

¹⁴ Weliswaar functioneel uitgelegd als 'entiteiten die een economische activiteit bedrijven'.

¹⁵ Verordening 1/2003, Pub EG 2003, L1/1, artikel 3, derde lid.

de zorgmarkten te bevorderen, hetgeen preventief (dus niet op misbruik gebaseerd) AMM-toezicht noodzakelijk maakt¹⁶.

3.7.3 Samenloop

Het AMM regime van de Wmg is aanvullend op het mededingingsrecht in de Mw, dat onverkort van toepassing blijft op de zorgsector. Er kan derhalve sprake zijn van samenloop wanneer op een bepaalde casus beide wetten (mogelijk) van toepassing zijn. Daarom voorziet artikel 18 Wmg in een voorrangsregel ten opzichte van het algemene nationale mededingingsrecht, in het voordeel van (het AMM-instrument) van de NZa¹⁷:

- waar mogelijk samenloop van bevoegdheden tussen de NZa en de NMa bestaat, bevorderen beide autoriteiten dat belanghebbenden zich eerst wenden tot de NZa (artikel 18, eerste lid, Wmg)
- bij mogelijke samenloop past de zorgautoriteit zo mogelijk eerst haar bevoegdheden op grond van de Wmg toe, voordat de NMa de Mw toepast (artikel 18, derde lid, Wmg)
- van deze voorrangsregel kan worden afgeweken als de NZa en de NMa gezamenlijk vaststellen dat op basis van effectiviteit, efficiency of andere overwegingen de NMa beter het initiatief kan nemen.

Op grond van artikel 18, vierde lid, dient de NZa zich eveneens te richten naar de uitleg van begrippen die de NMa hanteert bij de toepassing van de Mw.

Bij situaties die van invloed kunnen zijn op de tussenstaatse handel moet echter op grond van het Europese mededingingsrecht voorrang gegeven worden aan de toepassing van deze Europese regels boven nationale regels – inclusief het sectorspecifieke mededingingsrecht van de Wmg. In dergelijke gevallen zal de NMa – in uitzondering op de regeling in artikel 18 Wmg – gedwongen zijn om voorrang te nemen op de NZa teneinde artikel 81 en/of 82 van het EG-Verdrag toe te passen. Artikel 18 Wmg beperkt de voorrang van de NZa dan ook tot gevallen waarin de NMa de Mw toepast (en niet artikelen 81 en of 82 EG-Verdrag).

3.7.4 Afstemmen

Er bestaat een nauwe samenwerking tussen de NZa en de NMa (zoals wordt verlangd door artikel 17 Wmg), waarvoor de spelregels zijn vastgelegd in een Samenwerkingsprotocol¹⁸ en een protocol over afstemming in fusiezaken¹⁹. Hierin wordt uitgewerkt hoe de beide autoriteiten elkaar consulteren. De NZa geeft zienswijzen af over voorgenomen marktafbakening in fusiezaken die bij de NMa in behandeling zijn, terwijl omgekeerd de NMa in AMM zaken die bij de NZa in behandeling zijn, hetzelfde zal doen²⁰. Daarnaast consulteren NMa en NZa elkaar met betrekking tot concrete toepassing van hun

¹⁶ N.B.: dit dekt wel de AMM regels maar niet de algemene regels van paragraaf 4.2, artikelen 34 tot en met 45 Wmg.

¹⁷ Dit heeft met name betrekking op de toepassing van artikel 24 Mw (misbruik van economische machtsposities). Ten aanzien van het toetsen van concentraties is er geen sprake van een samenloop van bevoegdheden, hier is uitsluitend de NMa bevoegd en kan er geen sprake zijn van voorrang voor de NZa. De NZa verstrekt in fusiezaken wel zienswijzen aan de NMa.

¹⁸ Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang (Samenwerkingsprotocol), d.d. 10-10-2006.

¹⁹ Invoegen verwijzing naar openbaarmaking hiervan.

²⁰ Artikel 8, lid 1, van het Samenwerkingsprotocol.

bevoegdheden omtrent respectievelijk misbruik van economische machtsposities en aanmerkelijke marktmacht²¹.

3.7.5 Informatie uitwisselen

Zowel de NZa als de NMa hebben monitortaken, ten behoeve waarvan zij informatie kunnen uitwisselen. Zaken van groot gezamenlijk belang kunnen zij samen voorbereiden²².

3.7.6 Effecten

De toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag ontwikkelt zich in een richting waarbij de analyse van concrete effecten van gedragingen op de markt voorop komt te staan, ten koste van algemene verboden van bepaalde gedragingen (zogenaamde per se regels). Dit betekent dat er sprake is van een zekere divergentie tussen het algemene mededingingsrecht en het sectorspecifieke mededingingsrecht zoals neergelegd in de Wmg, dat er bijvoorbeeld vanuit gaat dat bij een marktaandeel van 55% of meer steeds sprake zal zijn van AMM (behoudens tegenbewijs).²³ Het is echter goed denkbaar om bij de toepassing van het AMM in de zorg te beginnen bij een analyse van (potentiële) effecten, zonder evenwel werkelijk een misbruiktoets te hanteren. In hoofdstuk 4 en 6 van dit consultatiedocument wordt voorgesteld deze effecten mee te wegen bij de beoordeling of en hoe, op basis van AMM wordt ingegrepen.

3.8 Relevantie van AMM in de elektronische communicatiesector

Ook de elektronische communicatie-, de energie- en de vervoersector kennen sectorspecifiek mededingingsrecht. De belangrijkste verschillen met sectorspecifiek toezicht in de elektronische communicatie-, energie- en vervoersectoren en de zorgsector zijn dat de NZa:

- op een groot aantal relevante markten toezicht houdt;
- relatief veel vrijheid heeft om zelf prioriteiten te stellen ten aanzien van de markten waar onderzoek naar AMM wordt ingesteld en eventueel verplichtingen worden opgelegd;
- geen sectorspecifiek Europees kader heeft.

De sectorspecifieke regels voor de elektronische communicatie ten aanzien van AMM hebben een zekere voorbeeldfunctie voor de toepassing van AMM op basis van de Wmg. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de marktanalyse en beoordeling van AMM voor de elektronische communicatiesector en de Toelichting bij de aanbeveling betreffende relevante producten en dienstenmarkten voor deze sector. Op de aanvullende criteria om te bepalen of tot een AMM-analyse moet worden overgegaan (toetredingsdrempels en ontbreken marktdynamiek), die hieraan zijn ontleend, wordt in hoofdstuk 5 ingegaan. Op nationaal niveau is bijvoorbeeld het afwegingskader ten aanzien van proportionaliteit van verplichtingen van de OPTA van belang.²⁴

²¹ Artikel 7, lid 4, van het Samenwerkingsprotocol.

²² MvT bij de Wmg, Tweede kamer, vergaderjaar 2005-20064-2005, 30186, nr 3, blz 31-32, en Samenwerkingsprotocol NZa-NMa.

²³ MvT bij de Wmg, Tweede kamer, vergaderjaar 2005-20064-2005, 30186, nr 3, blz 19-20.

²⁴ <http://www.opta.nl/download/Afwegingskader%5FProportionaliteit%5Fvan%5Fverplichtingen%2Fpdf>

De regel die geldt voor de elektronische communicatie, namelijk dat het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie betekent dat AMM bestaat en dus een AMM-partij wordt aangewezen (waaraan minimaal één verplichting wordt opgelegd), bestaat voor de zorg in de Wmg niet en is dermate ingrijpend dat deze niet bij wijze van analogie kan worden toegepast²⁵.

Voorts geldt in elektronische communicatiemarkten dat sectorspecifiek mededingingsrecht alleen kan worden gebruikt waar het algemene mededingingsrecht niet voldoet²⁶. De voorrangsregel voor het AMM-instrument in artikel 18 Wmg gaat uit van het tegenovergestelde wat de zorg betreft, zodat ook deze regel hier niet bruikbaar is.

Ten slotte is de context voor de toepassing van AMM in de elektronische communicatiesector geheel anders: in tegenstelling tot de zorg is hier bij AMM meestal sprake van een voormalig wettelijk landelijk monopolie. Daarvan is bij de zorg geen sprake: ook historisch hebben steeds regionaal meerdere aanbieders bestaan die strikt genomen nooit monopolierechten genoten. Verder is de gehele elektronische communicatiesector reeds sinds midden 1997 formeel volledig geliberaliseerd. In de zorg is daarentegen nog sprake van gedeeltelijke liberalisering (vergunningstelsel, bekostiging) zodat de samenhang met liberaliseringsvoornemens en tussen gereguleerde en geliberaliseerde markten hier belangrijk is. Ook de verhouding tussen groothandelsmarkten en consumentenmarkten enerzijds en tussen infrastructuur- en dienstenconcurrentie anderzijds en vragen over toegang tot essentiële infrastructuur, die voor de toepassing van AMM in de elektronische communicatie cruciaal zijn, zijn voor de zorg minder relevant.

Daarom is het belang van AMM in de elektronische communicatie als voorbeeld voor de zorg beperkt. Het zou aan het doel van dit consultatiedocument voorbij gaan om uitgebreid in detail aan te geven op welke specifieke punten dit wel en niet het geval is. Naarmate de toepassing van AMM in de zorg vorm krijgt zal de relevantie van het voorbeeld van AMM in de elektronische communicatie bovendien verder afnemen.

3.9 Verhouding met overig Europees recht

3.9.1 Inleiding

Deze paragraaf is volledigheidshalve opgenomen en dient ter informatie over de lijn die de Wmg ter zake volgt. Behalve de Europese mededingingsregels zijn ook de regels met betrekking tot het vrij verkeer (van diensten) en de geharmoniseerde regels voor schadeverzekeringen van belang, omdat AMM-verplichtingen hiermee in strijd zouden kunnen komen. Dit geldt weliswaar alleen wanneer sprake is van beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten, maar deze

²⁵ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken- en diensten, Pub EG 2002, C165/6, para 19.

²⁶ Bijvoorbeeld wanneer het herstellen van marktwerking gedetailleerde administratieve controle, evaluatie van kosten en contractuele voorwaarden waaronder technische parameters noodzakelijk is; wanneer regelmatige (aanhoudende) en/of tijdige interventie onontbeerlijk is; of vanwege het belang van rechtszekerheid. Zie blz 12-13 van de Toelichting op de Aanbeveling van de Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector, Pub EG 2003, L114/45.

drempel is laag aangezien het om feitelijke dan wel potentiële, directe of indirecte belemmeringen gaat.

3.9.2 Derde Schaderichtlijn

De Derde Schaderichtlijn stelt grenzen aan de bevoegdheid van de lidstaten van de Europese Unie om eisen te stellen aan verzekeringsovereenkomsten. Artikel 29 van de Derde Schaderichtlijn verbiedt de lidstaten om goedkeuring vooraf of systematische mededeling te vergen van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven en de formulieren en andere documenten die in relatie met de verzekerden worden gehanteerd²⁷. Dit betekent voor de NZa dat zij verzekeraars in beginsel vrij moet laten bij het vaststellen van tarieven of bij het bepalen van voorwaarden van polissen²⁸.

Onder deze richtlijn zijn echter zowel in een privaatrechtelijk als in een publiekrechtelijk verzekeringsstelsel aanvullende marktordeningeisen mogelijk. Artikel 54 Derde Schaderichtlijn maakt het mogelijk in het algemeen belang eisen te stellen aan (verzekerings)ondernemingen. Die maatregelen moeten geschikt zijn om het doel van algemeen belang te bereiken en mogen niet verder gaan dan daartoe noodzakelijk is. Voorts mogen er geen andere gelijkwaardige maatregelen zijn die minder belemmerend zijn voor de Europese markt. Er wordt dus een strenge proportionaliteitstoets gehanteerd. Bij het opleggen van AMM-verplichtingen aan ziektekostenverzekeraars moet aan deze voorwaarden worden voldaan.

Het algemeen belang bij het eventueel opleggen van kostenverplichtingen aan zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars, is gelegen in het functioneren van het nationale zorgstelsel opdat de toegang tot een goede kwaliteit van de gezondheidszorg tegen een aanvaardbare prijs gewaarborgd is (aansluitend bij de Wmg doeleinden van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid). Dit belang, dat de volksgezondheid (en de sociale zekerheid) raakt, speelt in de jurisprudentie van het HvJEG over interne markt en mededinging een belangrijke rol bij de rechtvaardiging van overheidsmaatregelen ter zake²⁹. Vervolgens moeten de maatregelen passend zijn. Artikel 48, derde lid, Wmg stelt deze eis overigens ook expliciet.

3.9.3 Vrij verkeersregels

De vrij verkeersregels van het EG-Verdrag zelf (vrijheid van dienstenverkeer) zijn vooral van belang waar (nog) geen Europese harmonisatiewetgeving bestaat, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van zorgaanbieders op de zorginkoopmarkt of de zorgverleningsmarkt. Een primaire verdediging van AMM ingrepen die effect hebben op de markttoegang kan zijn dat er geen sprake is van een beperking, omdat de door de Wmg beoogde marktwerking juist de toetreding bevordert.

De vrij verkeersregels staan voorts toe dat ten behoeve van maatregelen die de markttoegang beperken een (niet-economische) exceptie wordt

²⁷ Richtlijn 92/49/EEG, PubEG 1992, L228/1.

²⁸ G.J.A. Hamilton, Directeur Wetgeving en Juridische Zaken van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Een zorgverzekering die past in Europa', blz. 13.

²⁹ Zie bijvoorbeeld HvJEG, Zaak 238/82 Duphar, Jur. 1984, 523; HvJEG, Zaak C-158/96 Kohll, Jur. 1998, I-1931; HvJEG, Zaak C-157/99 Smits, Jur. 2001, I-5473.

ingeroepen³⁰. Hiertoe kan secundair een beroep worden gedaan op het hierboven benoemde algemeen belang, voor zover ten minste aan de eerder genoemde voorwaarden ten aanzien van proportionaliteit wordt voldaan.

3.10 Conclusie

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de NZa de gevolgen van AMM vertaalt naar het algemeen consumentenbelang. Voorts dat het AMM-instrument van toepassing is op relevante markten binnen de zorg (dus nauwkeuriger afgebakende specifieke markten binnen de algemene categorieën zorgverzekeringsmarkten, zorgverleningsmarkten en zorginkoop-markten), onafhankelijk van de vraag of deze gereguleerd of geliberaliseerd zijn. Een AMM procedure dient te worden ingeleid op basis van een risicoanalyse van zorgmarkten, ambtshalve of op grond van een aanvraag.

De AMM regels in de Wmg kennen geen eigen Europees kader. Wel hebben de AMM regels met betrekking tot elektronische communicatie een zekere voorbeeldfunctie voor de NZa. Bovendien werkt, via het nationale mededingingsrecht, ook het Europese mededingingsrecht door in de wijze waarop de NZa de AMM bepalingen in de Wmg toepast (bijvoorbeeld door effecten in aanmerking te nemen). Het AMM begrip zelf is ook geënt op het begrip economische machtspositie zoals dit is ontwikkeld door het HvJEG. Voorts vind nauwe afstemming met de NMa plaats. Waar de Wmg van toepassing is heeft zij in beginsel voorrang op de Mw.

De boven beschreven Europeesrechtelijke dimensie dient in het stadium van de proportionaliteitstoets aan de orde te komen.

³⁰ HvJEG, Zaak 352/85 Bond van Adverteerders, Jur. 1988, 2085; HvJEG, Zaak C-275/92 Schindler, Jur. 1994, I-1039.

4. Risicoanalyse

4.1 Inleiding

Het AMM-instrument dient om mededingingsbeperkingen op te heffen of te voorkomen die worden beheerst door partijen in zorgmarkten die beschikken over aanmerkelijke marktmacht. Om het AMM-instrument toe te kunnen passen dient de NZa vast te stellen of op een bepaalde relevante markt een AMM-positie bestaat. Dit wordt in dit document ook wel de AMM-analyse genoemd. De methoden van marktafbakening en de vaststelling van een AMM-positie als zodanig worden behandeld in hoofdstuk 5.

De toepassing van het AMM-instrument dient voorts proportioneel te zijn, hetgeen betekent dat het toegepaste middel (het AMM-instrument als zodanig, maar ook de specifieke verplichtingen die op basis hiervan kunnen worden opgelegd) het meest evenredige middel moet zijn dat geschikt is om de geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen effectief op te lossen dan wel te voorkomen. Dit vereist een rangschikking van de beschikbare middelen naar hun relatieve zwaarte en koppeling daarvan aan de relevante mededingingsproblemen. Deze zogenaamde proportionaliteitsaspecten worden in meer detail behandeld in hoofdstuk 6.

Voorafgaand aan de AMM-analyse en de proportionaliteitstoets dient de NZa af te wegen of de inzet van het AMM-instrument a priori doelmatig zou kunnen zijn. Hierbij komt aan de orde of voldoende waarschijnlijk is dat zich een AMM probleem voordoet om een nader onderzoek te starten, of andere (algemene) maatregelen niet meer aangewezen en/of voldoende doeltreffend zijn en of een nadere AMM-analyse in een bepaald geval op basis van vooraf bepaalde prioriteiten ook plaats zou moeten vinden. De NZa maakt deze afweging op basis van een risicoanalyse. Deze analyse vormt het onderwerp van dit hoofdstuk.

De benodigde risicoanalyse heeft betrekking op de kans dat zich in bepaalde markten mededingingsproblemen (kunnen) voordoen, ten gevolge van op relevante markten bestaande AMM-posities, die ingrijpen door de NZa met behulp van haar AMM-instrument noodzakelijk maken. Uit deze risicoanalyse volgt in welke gevallen relevante markten moeten worden afgebakend teneinde het bestaan van AMM-partijen vast te stellen waaraan vervolgens proportionele verplichtingen worden opgelegd.

Voor de risicoanalyse hanteert de NZa een aantal criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld hoe groot de kans is dat zich in een markt mededingingsproblemen voordoen ter oplossing waarvan het AMM-instrument het meest passende instrument is om in te zetten. Deze criteria worden in dit hoofdstuk nader uitgewerkt.

4.2 De aan AMM-analyse voorafgaande criteria

Er is aanleiding om (naar analogie van de elektronische communicatiesector) het opstarten van een onderzoek ten behoeve van de toepassing van het AMM-instrument in ieder geval te beperken tot die gevallen waarin een markt onderhevig is aan aanzienlijke en aanhoudende toetredingsdrempels en/of over kenmerken beschikt waardoor deze ook op de middellange termijn geen ontwikkeling richting

daadwerkelijke mededinging zal vertonen (dynamisch criterium). Buiten deze gevallen mag immers verwacht worden dat daadwerkelijke mededinging vanzelf op gang zal kunnen komen en is een AMM ingrijpen (het opleggen van een verplichting op basis van artikel 48 Wmg) daarom in beginsel al niet proportioneel. Hieruit volgt dat de NZa het bestaan van toetredingsdrempels en het gebrek aan ontwikkeling van een marktdynamiek in haar risicoanalyse zal meenemen.

Bij de daadwerkelijke toepassing van het AMM-instrument zal de NZa rekening houden met de specifieke kenmerken van de betrokken relevante (of aanpalende³¹) markt, inclusief de toepasselijke wet- en regelgeving. Zo zal de NZa mede vanuit een oogpunt van proportionaliteit in tariefgeruleerde markten extra terughoudend moeten zijn bij het opleggen van AMM tariefverplichtingen op grond van artikel 48 Wmg. Hier geldt dat als de toepassing van algemene verplichtingen volstaat om daadwerkelijke concurrentie te borgen, er in beginsel geen plaats meer is voor toepassing van het (specifieke) AMM-instrument (een criterium dat in paragraaf 4.6. nader wordt toegelicht). De vraag of algemene Wmg-instrumenten in beginsel voldoende lijken ter oplossing van mededingingsproblemen zal derhalve meewegen bij de keuze van de NZa om al dan niet een onderzoek naar een potentieel AMM-probleem op te starten.

Deze criteria zijn in grote lijnen ontleend aan de Europese regels met betrekking tot AMM in de elektronische communicatiesector. Het doel hiervan is om de meer en minder relevante gevallen op basis van een ruwe eerste selectie te kunnen scheiden, hetgeen op basis van opportunititeit- en efficiencyoverwegingen wenselijk is. Er zijn twee verschillen met de aanpak in de elektronische communicatiesector:

- **Algemene sectorspecifieke verplichtingen in plaats van algemeen mededingingsrecht:** het belangrijkste verschil is dat het derde criterium dat bij de elektronische communicatiesector van toepassing is de vraag betreft of het algemene mededingingsrecht niet volstaat om de (verwachte) mededingingsproblemen op te lossen. Vanwege artikel 18 Wmg kan dit criterium niet voor de zorgsector gelden. Op grond van dit artikel is er immers sprake van voorrang voor het zorgspecifieke instrument boven dat van het algemene mededingingsrecht³². In plaats daarvan wordt door de NZa als derde criterium de vraag gehanteerd of algemene verplichtingen zoals neergelegd in de Wmg (zoals vormen van algemene prijsregulering of algemene regels ten aanzien van contractuele onderhandelingen en contractuele voorwaarden) al volstaan om de (verwachte) mededingingsproblemen op te lossen. Hierin komt het aanvullende (en zwaardere) karakter van AMM-verplichtingen goed tot uitdrukking. Op de verhouding tussen algemene en specifieke verplichtingen wordt in paragraaf 4.6 uitgebreid nader ingegaan.
- **Aanzienlijke toetredingsdrempels en/of geen daadwerkelijke mededinging op termijn:** het tweede verschil is dat terwijl in de elektronische communicatiesector de eerste twee criteria (hoge en aanhoudende toetredingsdrempels, respectievelijk het zich niet ontwikkelen van daadwerkelijke mededinging op

³¹ Zoals al eerder gesteld betekent het concept van de hefboomwerking van marktmacht dat ook de (potentiële) effecten van AMM-posities op aanpalende zorgmarkten aan de kaak kunnen worden gesteld.

³² Daar staat tegenover dat de elektronische communicatiesector, op basis van de daarvoor geldende Europese regels, niet meer de mogelijkheid kent om in afwezigheid van AMM tariefregulering op te leggen.

termijn) altijd cumulatief worden toegepast³³, de NZa het voldoende vindt als aan tenminste één van deze twee criteria wordt voldaan (dus: 'en/of' in plaats van 'en, en'). In de meeste gevallen waar sprake is van hoge en aanhoudende toetredingsdrempels zal ook op termijn geen ruimte voor daadwerkelijke mededinging zijn en omgekeerd, waar geen belangrijke toetredingsdrempels bestaan zijn de kansen op daadwerkelijke mededinging groter. Dit betekent dat het cumulatief stellen van beide criteria vaak weinig zinvol is omdat beide indicatoren in dezelfde richting wijzen. Wanneer plausibel is dat aan één van beide criteria wordt voldaan zal dan ook voldoende sprake zijn van een bedreiging van de daadwerkelijke mededinging om aanleiding te kunnen geven tot een nader onderzoek. Hierbij is van belang dat deze vraag voor de zorg wordt gevolgd, in het derde criterium, door de vraag of zich (een aanmerkelijk risico op) concrete mededingingsproblemen voordoen en of deze niet effectief door algemene verplichtingen opgelost kunnen worden: hiermee is de uiteindelijke kans op asymmetrisch ingrijpen ten nadele van specifieke marktpartijen met AMM dus al aanmerkelijk kleiner dan voor de elektronische communicatie aan de orde is³⁴.

Samenvattend stelt de NZa voor om het opstarten van een AMM-analyse te beperken tot gevallen waar:

- hoge en aanhoudende toetredingsdrempels bestaan; of
- een dynamische marktontwikkeling naar daadwerkelijke concurrentie ontbreekt; en
- algemene verplichtingen niet volstaan om het geconstateerde marktfalen op te lossen.

In de hierop volgende onderdelen van dit hoofdstuk worden de genoemde drie criteria één voor één aan de orde gesteld.

***Consultatievraag 1:** De NZa stelt drie aanvullende voorwaarden voordat tot een AMM-analyse wordt overgegaan. Er moet sprake zijn van:*

- *hoge en aanhoudende toetredingsdrempels; en/of*
- *afwezigheid van dynamische factoren die tenderen naar daadwerkelijke mededinging; en*
- *niet volstaan van algemene regels om marktfalen op te lossen of te voorkomen.*

Bent u het hiermee eens?

³³ In de praktijk zullen de nationale toezichthouders zelden verder komen dan het analyseren van de markten die op de lijst van 'te analyseren' markten zijn gezet door de Europese Commissie en dus a priori aan de drie criteria voldoen: het beperken van de ruimte voor nationale initiatieven is ook een van de (impliciete) redenen om deze drie criteria te hanteren (Aanbeveling van de Commissie betreffende relevante product- en dienstenmarkten die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, PubEG 2003, L114/45).

³⁴ Daarnaast kent de zorg in tegenstelling tot de elektronische communicatie *niet* de regel dat (i) waar geen daadwerkelijke mededinging bestaat per definitie sprake is van AMM, zodat een AMM-partij moet worden aangewezen, (ii) waaraan vervolgens tenminste één verplichting wordt opgelegd.

4.3 Criterium 1: Hoge en aanhoudende toetredingsdrempels³⁵

Het eerste afwegingscriterium om al dan niet een onderzoek naar AMM op te starten, is de aanwezigheid van hoge toetredingsdrempels die niet van voorbijgaande aard zijn, zodanig dat de markttoegang en daarmee de ontwikkeling van de mededinging worden belemmerd. Drie soorten belemmeringen zijn relevant voor markttoegang en voor de ontwikkeling van de mededinging: (1) structurele belemmeringen; (2) wettelijke of regelgevende belemmeringen; en (3) belemmeringen ten gevolge van marktgedrag van gevestigde partijen. Deze drie categorieën zijn niet cumulatief maar alternatief van samenhang: hoewel ze wel in combinatie kunnen voorkomen volstaat dat één van deze drie typen toetredingsdrempels bestaat om aan dit eerste criterium te voldoen.

Voorbeelden hiervan zijn:

- **Structurele belemmering van de markttoegang:** bijvoorbeeld het bestaan van grote schaalvoordelen en de noodzaak tot hoge initiële investeringen kan tot structurele belemmeringen leiden, evenals het bestaan van essentiële voorzieningen die niet onder economisch rendabele voorwaarden kunnen worden gedupliceerd.
- **Wettelijke of regelgevende belemmeringen:** bijvoorbeeld de voorwaarden die worden gesteld aan het toetreden tot een medische beroepsgroep respectievelijk aan het bouwen van nieuwe zorginstellingen.
- **Toetredingsdrempels ten gevolge van marktgedrag³⁶:** bijvoorbeeld gedrag met zogenaamde uitsluitingseffecten ('foreclosure') zoals exclusiviteitsbedingen met essentiële tegenpartijen, het bundelen van producten c.q. koppelverkoop, (al dan niet constructieve) leveringsweigering, getrouwheidskortingen en het hanteren van roof- of wurgprijzen ('predatory pricing' en 'price squeeze').

4.4 Criterium 2: Geen vooruitzicht op daadwerkelijke mededinging

Het tweede voorafgaande criterium is dat – ook op middellange termijn – geen vooruitzicht bestaat op het ontstaan van daadwerkelijke mededinging zonder dat 'ex ante' verplichtingen worden opgelegd. Toetredingsdrempels kunnen afnemen in markten die worden gekenmerkt door een dynamische technische en/of economische ontwikkeling. Zelfs waar toetredingsdrempels bestaan kunnen andere structurele factoren er toch voor zorgen dat de markt binnen een relevante tijdshorizon naar daadwerkelijke concurrentie tendeert. Bijvoorbeeld omdat er sprake is aanstaande toepassing van nieuwe technologieën die de markt waarschijnlijk zullen openbreken.

³⁵ Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op overwegingen 9 tot en met 14 van de Aanbeveling van de Commissie betreffende relevante product- en dienstenmarkten die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, PubEG 2003, L114/45, en de Toelichting bij deze aanbeveling, blz 11 en 12.

³⁶ Dit is niet als zelfstandige categorie in bovengenoemde documenten van de Commissie opgenomen, maar behoort logisch gezien wel in deze context thuis.

Een vraag die in deze context rijst is: wat is de voor toepassing van dit criterium relevante termijn? Aangezien de looptijd van AMM-verplichtingen op grond van artikel 48, vijfde lid, Wmg is beperkt tot maximaal drie jaar alvorens een heroverweging dient plaats te vinden, kiest de NZa om logischerwijs hierbij aan te sluiten en een termijn van maximaal drie jaar te kiezen.

Consultatievraag 2: Welke termijn acht u relevant bij de toets of waarschijnlijk is dat op termijn ook zonder AMM ingrijpen daadwerkelijke mededinging zal ontstaan?

De NZa zal ernaar streven om zich op basis van (een combinatie van) bovengenoemde maatstaven en overige relevante marktinformatie een voorlopig eerste oordeel te vormen over de mate van daadwerkelijke concurrentie (en daarmee de aan-/afwezigheid van AMM) op relevante markten.

4.5 Criterium 3a Bestaan van (potentiële) mededingingsproblemen

Het derde criterium van de risicoanalyse zoals deze hierboven is ingedeeld betreft de vraag of algemene verplichtingen op basis van de Wmg volstaan om de geconstateerde dan wel verwachte mededingingsproblemen op te lossen. Dit criterium valt uiteen in twee onderdelen: (1) wat zijn de mogelijke relevante mededingingsproblemen op het eerste gezicht; en (2) in hoeverre kunnen deze ondervangen worden op basis van de algemene verplichtingen die de Wmg kent.

In deze paragraaf wordt het eerste onderdeel behandeld. Het gaat hier vanzelfsprekend om mededingingsproblemen die gerelateerd zijn aan marktmacht (en bijvoorbeeld niet om kartelvorming, aangezien het kartelverbod door de NMa wordt gehandhaafd en de NZa geen bevoegdheden ter zake heeft³⁷).

4.5.1 Mededingingsproblemen

De NZa zal in dit stadium trachten de mededingingsproblemen die zich in een specifiek geval mogelijk kunnen voordoen te identificeren. Mededingingsproblemen kunnen in verschillende situaties worden veroorzaakt door een veelvoud aan gedragingen. Bovendien zal de ene gedraging bij een bepaalde marktstructuur de concurrentie ernstiger verstoren dan de andere gedraging. Hieronder wordt ingegaan op een aantal categorieën van gedragingen en marktsituaties. Door categorisering van de ernst van gedragingen, respectievelijk van de marktsituaties, kan de NZa de ernst van een mededingingsprobleem inschatten en gemotiveerd haar prioriteiten stellen bij de beslissing om al dan niet tot een uitgebreide AMM-analyse over te gaan.

Aan AMM gerelateerde mededingingsproblemen worden over het algemeen onderscheiden in twee hoofdgedragingen:

- Uitsluiten ('exclusion' ofwel 'foreclosure') van concurrenten en leveranciers
- Uitbuiten ('exploitation') van afnemers – contractspartners en consumenten.

Beide categorieën worden hieronder kort toegelicht:

³⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr 3, blz 21.

- **Uitsluiten:** gedrag dat erop gericht is te voorkomen dat concurrenten een positie op de markt kunnen verwerven of vergroten en zo de positie van de AMM-partij kunnen ondermijnen. Dit kan contractueel gedrag zijn, bijvoorbeeld het afsluiten van meerjarige exclusieve afnamecontracten en gedragingen met hetzelfde effect zoals bepaalde getrouwheidskortingen of het reserveren van zoveel schaarse capaciteit dat er voor concurrenten (te) weinig over blijft om te voldoen aan de vraag van hun klanten.

Voorbeeld: getrouwheidskortingen

Een ziekenhuis verleent getrouwheidskortingen aan zorgverzekeraars op basis van de hoeveelheid totaal afgenomen zorg in het geliberaliseerde segment. Een zorginstelling die eenvoudige ingrepen uitvoert wil toetreden tot deze markt en stelt dat dit onmogelijk is, gezien de getrouwheidskortingen. Bovendien is er een concurrerend ziekenhuis actief dat stelt door de getrouwheidskortingen uit de markt gedrukt te worden.

Risicoanalyse:

Getrouwheidskortingen zijn niet per definitie concurrentieverstorend. Bovendien kunnen dergelijke kortingen bijdragen aan de betaalbaarheid van de zorg. Bij getrouwheidskortingen wordt derhalve van geval tot geval gekeken wat de effecten op de concurrentie zijn.

Als bijvoorbeeld blijkt dat de kortingen niet tot gevolg hebben dat de prijzen voor individuele zorgdiensten onder de kostprijs komen te liggen en efficiënte partijen nog steeds op de markt kunnen meedoen, is er mogelijk sprake van gezonde concurrentie. Als bovendien blijkt dat het marktaandeel van de niet-AMM-partijen stabiel is of gestegen of als er toetreding heeft plaatsgevonden dan is het beweerde anticompetitieve effect niet waarschijnlijk. Tenzij er aantoonbaar bewijs is voor het tegendeel zal de NZa in een dergelijk geval niet ingrijpen.

Behalve op het beschermen van de eigen AMM-positie kan uitsluiting gericht zijn op het verdrijven van concurrenten van aanpalende markten. Door bijvoorbeeld koppelverkoop of het geven van kortingen die afhankelijk zijn van het afnemen van een heel gamma van producten of diensten kan een partij met AMM proberen deze positie uit te breiden naar aanpalende productmarkten waar zij nog niet over AMM beschikt. Hetzelfde gedrag kan de bestaande AMM-positie beschermen door toetreding moeilijker te maken: koppelverkoop kan toetreding door concurrenten blokkeren tenzij deze hetzelfde gamma aan producten of diensten aan (kunnen) bieden.

Voorbeeld: koppelverkoop

Er wordt een klacht ingediend bij de NZa door een oogkliniek. De klager stelt dat een aantal ziekenhuizen in de regio waar de oogkliniek werkzaam is, aan zorgverzekeraars alleen de mogelijkheid biedt om of alle diensten of geen zorg bij hen in te kopen (alles of niets op basis van een take-it-or-leave-it aanbod). Dit onder druk van een groep aan die ziekenhuizen verbonden oogspecialisten die last hebben van de opkomst van gespecialiseerde oogklinieken die zich richten op het uitvoeren van eenvoudige, gestandaardiseerde ingrepen.

Risicoanalyse:

Deze klacht duidt op mogelijke toetredingsbelemmeringen waardoor de gespecialiseerde oogklinieken mogelijk beperkt worden in hun activiteiten. Indien zou blijken uit nader AMM-onderzoek dat de relevante geografische markt de regio is waarop de ziekenhuizen dominant zijn, is het waarschijnlijk dat de koppelverkoop van oogheelkundige behandelingen van alle ziekenhuizen de concurrentie belemmert en concurrerende oogklinieken uitsluit.

Uitsluiting kan horizontaal (op dezelfde markt of naastgelegen markten, zoals bijvoorbeeld het overhevelen van een AMM-positie op een nog niet geliberaliseerde markt naar een geliberaliseerde markt) en verticaal (op benedengelegen- ('stroomafwaarts') of bovengelegen markten ('stroomopwaarts')) van aard zijn.

- **Uitbuiten:** een marktpartij met AMM kan deze positie gebruiken om afnemers of leveranciers uit te buiten om daarmee overwinsten te genereren die niet meer in verhouding staan tot de onderliggende kosten en, belangrijker nog, de welvaart van de consumenten verminderen. Dat kan door buitensporig hoge ('excessieve') prijzen te rekenen maar ook door het leveren van ondermaatse kwaliteit en door beperking van het aanbod (te weinig leveren).

Er bestaat een belangrijk verband tussen het uitsluiten van concurrenten en het uitbuiten van marktmacht: uitsluiting is schadelijk voor consumenten voor zover de AMM-partij na het uitschakelen van zijn concurrenten overgaat tot uitbuiting van consumenten. Uitbuiting is volgordeel vaak een tweede orde effect. Problemen die leiden tot uitbuiting zouden daarom bij voorkeur door het bevorderen van daadwerkelijke concurrentie (dus indirect, door het tegengaan van uitsluiting) opgelost moeten worden (zij het dat algemene verplichtingen, zoals vormen van prijsregulering, ook een rol kunnen spelen).

Zoals nog nader toegelicht zal worden in hoofdstuk 5 en 6 acht de NZa mededingingsproblemen met uitsluitingseffecten in beginsel risicovoller. Daarom zal de NZa in haar risicoanalyse signalen in de zorgsector die wijzen op uitsluitingseffecten zwaarder meewegen in haar keuze om al dan niet een AMM-onderzoek op te starten.

Consultatievraag 3: De NZa stelt voor om in haar risicoanalyse het bestrijden en voorkomen van uitsluiting voorrang te geven boven uitbuiting. Bent u het hiermee eens? Kunt u voorbeelden geven van (bestaande) situaties waarin (succesvol) optreden tegen uitsluiting niet zou volstaan?

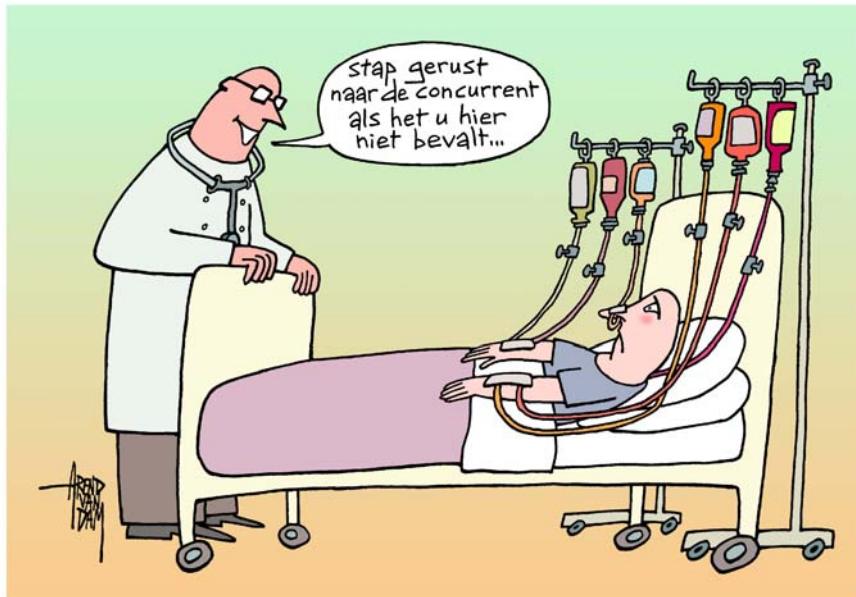
4.5.2 Inkoopmacht en verkoopmacht

Een andere relevante tweeledige indeling van machtsposities is die in problemen gerelateerd aan verkoopmacht en problemen gerelateerd aan inkoopmacht.

- **Verkoopmacht:** aan de verkoopzijde van een markt heeft een partij met AMM prikkels om prijzen boven en kwaliteit onder het competitieve niveau te leveren, omdat hiermee de winst wordt vergroot. Bovendien kan een AMM-partij prikkels hebben om zijn verkoopmacht te verstevigen door toetreding te verhinderen en concurrenten uit te sluiten – bijvoorbeeld door roofprijzen, getrouwheidskortingen en koppelverkoop. De NZa ziet de effecten van verkoopmacht daarom als potentieel negatief.
- **Inkoopmacht:** aan de inkoopzijde van een markt kan een partij met AMM gunstige (prijs en kwaliteit) voorwaarden bedingen bij leveranciers. Als zij de resulterende voordelen doorgeeft aan de consument – omdat de markt waarop aan de consument wordt verkocht daadwerkelijk concurrerend is – hoeft AMM aan de inkoopkant van een markt niet problematisch te zijn. Sterker nog, onder het systeem van de Wmg is het juist de beoogde rol van de zorgverzekeraars om een prijsdrukkende en kwaliteitsverhogende pressie uit te oefenen op de zorgleveranciers.

Een partij met inkoopmacht kan echter ook proberen concurrenten op de consumentenmarkt (zoals de zorgverzekeringsmarkt) uit te sluiten van leveringen door exclusieve afspraken op de (zorg)inkoopmarkt. Hierdoor kunnen partijen met inkoopmacht hun positie op hun eigen verkoopmarkten versterken. Dit kan schadelijk zijn als hierdoor uiteindelijk AMM op de verkoopmarkten ontstaat, waarna consumenten alsnog kunnen worden uitgebuit. Inkoopmacht kan dus met name negatieve effecten hebben in combinatie met verkoopmacht op de zorgverzekeringsmarkt. Ook de wettelijke context is relevant.³⁸

³⁸ Bijvoorbeeld bij de inkoop van AWBZ-zorg kunnen voordelen door de inkopers van AWBZ-zorg (de zorgkantoren) niet worden doorgegeven aan de consument. De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) kent een verantwoordelijkheidsverdeling waarbij de overheid het verzekerde pakket en het macrobudgettaire kader vaststelt en waarbij een zorgkantoor binnen dit kader de zorg zo doelmatig mogelijk dient in te kopen bij zorgaanbieders. Een zorgkantoor is daarbij in zijn regio de enige inkoper en beschikt derhalve over een monopsonie (i.e. een monopolie aan de inkoopzijde van de markt). Dit kan voor de consument ook nadelen opleveren als bij de inkoop van zorg te veel nadruk op prijs wordt gelegd en te weinig op kwaliteit met het risico van verschraling van het aanbod. Het AMM-instrument is niet goed geschikt om dit probleem te adresseren: meer voor de hand ligt het introduceren van een directe relatie tussen de consument en de verzekeraar en het afschaffen van de zorgkantoren ten bate van concurrentie tussen de verzekeraars onderling. In een dergelijke situatie zouden de hierboven aangegeven prioriteiten gewoon kunnen gelden voor de AWBZ zorg. Waar in dit Consultatiedocument wordt gesproken over inkoopmacht, ziet dat dan ook met name op Zvw zorg, niet op de AWBZ-zorg.



inkoop-onmacht...

Het verschil tussen inkoopmacht en verkoopmacht is van belang omdat AMM aan de verkoopzijde van een markt een groter risico op onwenselijke effecten met zich brengt dan AMM aan de inkoopzijde van een markt: onder de voorwaarde dat op de achterliggende consumentenmarkten sprake is van daadwerkelijke concurrentie ziet de NZa het bestaan van AMM aan de inkoopzijde in beginsel als weinig riskant. AMM aan de inkoop- en verkoopkant gaan dus niet noodzakelijkerwijs samen. Zo kan een zorgverzekeraar op bepaalde regionale markten bijvoorbeeld een dominante inkoper zijn, terwijl zij geen AMM heeft op de markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen aan consumenten. In een dergelijk geval mag worden verwacht dat deze partij de voordelen die zij bereikt door het gebruik van inkoopmacht doorgeeft aan haar consumenten vanwege de concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt. Om deze reden ziet de NZa hier in beginsel geen aanwijzingen voor het bestaan van een AMM probleem. Dit kan anders zijn als sprake is van exclusiviteitsbedingen ten aanzien van essentiële zorgaanbieders in een bepaalde regio, zodat andere zorgverzekeraars geen concurrerend aanbod meer kunnen uitbrengen en de keuzemogelijkheden van de consument daardoor verslechteren.

Bij de risicoanalyse wordt dus de ruimere context betrokken bij de beoordeling: deze concentreert zich niet louter op het bepalen van de relevante markt.

4.5.3 Elementen van een risicoanalyse bij verkoopmacht

De NZa kan als onderdeel van de risicoanalyse bij verkoopmacht een aantal 'prima facie' indicatoren gebruiken om te beoordelen of op het eerste gezicht een onderzoek nodig is naar verkoopmacht. Deze indicatoren hebben betrekking op de machtsverhoudingen tussen in- en verkoper(s) op een bepaalde markt. Een eerste scan van deze indicatoren geeft de NZa inzicht of sprake is van een (zeer) ongelijk speelveld. Bij deze scan kan de NZa de hoogte van de capaciteits- dan wel marktaandeelen betrekken en het (potentiële) gedrag van de onderneming die mogelijk een AMM-positie heeft.

(i) Zeer ongelijk speelveld: een zeer ongelijk speelveld is voor de NZa een reden om een onderzoek in te stellen dat kan leiden tot het opleggen van verplichtingen. Hiervan is sprake als het capaciteitsaandeel³⁹ van een individuele zorgverlenende partij op de relevante markt duidelijk hoger is dan 55%, terwijl het individuele inkooptaandeel van contracterende zorgverzekeraars op de betreffende markt beneden de 25% ligt⁴⁰. Als een verkoper met een capaciteitsaandeel van duidelijk meer dan 55% wordt geconfronteerd met inkopers die individueel minder dan ongeveer 25% marktaandeel hebben dan ontbreekt waarschijnlijk disciplinerende inkoopmacht.

Daarom zal hier in beginsel onderzoek moeten worden gedaan naar de mogelijke noodzaak om AMM-verplichtingen op te leggen. Dit is in lijn met de MvT bij de Wmg, die bij een marktaandeel van meer dan 55% in beginsel van het bestaan van AMM uitgaat.⁴¹

(ii) Sterke indicaties van gebruik marktmacht: bij marktaandelen op de verkoopmarkt onder de 55% maar boven de 25% kan er aanleiding zijn een onderzoek in te stellen bij gedragingen die doorgaans wijzen op het bestaan van AMM. Bijvoorbeeld bij:

- **Prijsstijgingen:** die duidelijk niet gerelateerd (kunnen) zijn aan kostenstijgingen⁴². Als de prijzen duidelijk harder stijgen dan de onderliggende kosten, dan kan dit wijzen op het bestaan en het gebruik van AMM: de prijzen stijgen boven het competitieve niveau.
- **Exclusieve afspraken:** als een aanbieder zijn afnemers verplicht om niet van anderen af te nemen, kan dit wijzen op gebruik van AMM om concurrenten uit te sluiten.
- **Koppelverkoop:** hetzelfde geldt voor koppelverkoop, die afnemers dwingt of sterk prikkelt om diensten af te nemen waar ze geen behoefte aan hebben en concurrenten uitsluit. Dit geldt nog sterker als voor het afnemen van diensten op een gereguleerde markt als voorwaarde wordt gesteld dat gelijktijdig ook diensten op een geliberaliseerde markt worden afgenomen. Dit kan dienen als hefboom om een AMM-positie van de ene naar de andere markt over te hevelen. Koppelverkoop is echter niet per definitie schadelijk.

4.5.4 Elementen van een risicoanalyse bij inkoopmacht:

Ook bij inkoopmacht zal als onderdeel van een risicoanalyse gewerkt worden met prima facie indicatoren om te bepalen of een nader onderzoek naar het bestaan van AMM noodzakelijk is.

³⁹ Het capaciteitsaandeel van de AMM-partij geeft een beter beeld van de krachtsverhoudingen op de markt dan het marktaandeel. De kans is groot dat een onderneming met een dergelijke positie over AMM beschikt en door inefficiency zijn capaciteit niet optimaal gebruikt of om strategische redenen achterhoudt.

⁴⁰ NB: Het doel van AMM is om misbruik van een ongelijk speelveld de voorkomen, niet om de numerieke onbalans op te heffen. Zie ook M. Gaynor, 'Countervailing Power in Health Care Markets', Testimony before Joint Federal Trade Commission/Department of Justice Hearings on Health Care and Competition Law and Policy, 7 mei 2003.

⁴¹ MvT bij de Wmg, Tweede kamer, vergaderjaar 2005-20064-2005, 30186, nr 3, blz 19-20.

⁴² Omdat de NZa niet standaard over gedetailleerde kostengegevens beschikt zal aanvankelijk veelal op basis van informatie verstrekt door klanten en/of concurrenten moeten worden vastgesteld of dit aannemelijk is.

(i) Zeer ongelijk speelveld: ook bij inkoopmacht kan het bestaan van een zeer ongelijk speelveld voor de NZa reden zijn om een AMM onderzoek in te stellen. Omdat schadelijke gevolgen van inkoopmacht echter veel minder aannemelijk zijn dan bij verkoopmacht is gekozen voor een hogere (prima facie) marktaandeeldrempel dan bij verkoopmacht: van een zeer ongelijk speelveld is hier sprake als het inkooptaandeel van een zorgverzekeraar op een zorgmarkt boven de 70% ligt en de marktaandelen van individuele leveranciers lager zijn dan 25%. Ook moet de zorgverzekeraar over een relatief sterke positie op de verkoopmarkt beschikken.

Hier is waarschijnlijk sprake van inkoopmacht bij de zorginkopende partij en is er geen 'compenserende verkoopmacht' die het gedrag van de zorginkopende partij kan disciplineren. Belangrijker nog: de zorginkopende partij heeft mogelijk AMM op een verkoopmarkt en als zodanig een stimulans om inkoopmacht te gebruiken om zijn positie op de verkoopmarkt te versterken (bijvoorbeeld middels exclusiviteitsbedingen bij zorginkoop).

Consultatievraag 4: De NZa hanteert een verschil in behandeling van inkoopmacht en verkoopmacht, met name ten aanzien van de marktaandeeldrempels. Bent u het hiermee eens? Wat is uw mening ten aanzien van de hoogte van de hier aangegeven hoogtes van 70% respectievelijk 55% gezien?

(ii) Sterke indicaties van gebruik marktmacht: bij marktaandelen aan de inkoopzijde van een markt onder de 70% maar boven de 55% of bij een marktaandeel aan de inkoopzijde van een markt boven de 70% dat niet gepaard gaat met een hoog marktaandeel in de relevante verkoopmarkten, kan er toch aanleiding zijn een onderzoek in te stellen bij gedragingen die zich normaliter slechts door het bestaan van AMM laten verklaren. Dit kan bijvoorbeeld exclusiviteitsbedingen betreffen: door gebruik van AMM kunnen zorgleveranciers onder druk gezet worden niet aan andere inkopers te leveren, hetgeen de concurrentie op de consumentenmarkt zodanig kan belemmeren dat daar alsnog AMM ontstaat.

Voorbeeld: exclusiviteitsbedingen; inkoopmacht met uitsluitend effect

Een zorgverzekeraar, voornamelijk actief in één specifieke regio, maakt afspraken met alle zorgaanbieders die exclusieve levering aan deze zorgverzekeraar garanderen.

Een aantal zorgverzekeraars van buiten de regio klaagt dat deze exclusiviteitsregeling de mededinging significant belemmert. Volgens de klagers maken de exclusiviteitsregelingen het onmogelijk om toe te treden.

Risicoanalyse:

Het aangaan van exclusiviteitsbedingen kan concurrenten uitsluiten en daarmee de concurrentie belemmeren. Indien 100% van de regionale markt wordt gedekt door exclusieve contracten, dan is aannemelijk dat van mogelijke uitsluitingseffecten sprake is. De NZa zal onderzoeken of uitsluiting van concurrerende verzekeraars in directe relatie staat tot de exclusiviteitsovereenkomsten en of er geen alternatieve manieren zijn voor zorgverzekeraars buiten de regio om zorg aan te bieden.

4.5.5 Consumentenbelang in relatie tot (potentiële) mededingingsproblemen

In het derde criterium van de risicoanalyse van de NZa is het consumentenbelang verdisconteerd. Hieronder wordt de relatie tussen het consumentenbelang en (potentiële) mededingingsproblemen toegelicht. De keuze ten aanzien van de hieronder aangegeven prioriteiten wordt overigens ook in de rest van dit consultatiedocument verder onderbouwd.

- **Verkoopmacht:** de NZa benadrukt in beginsel de risico's van verkoopmacht, omdat de consument hier direct de dupe van kan worden via uitbuiting en ook indirect via uitsluiting van concurrenten gevolgd door uitbuiting van de consument.
- **Inkoopmacht:** de NZa ziet inkoopmacht in beginsel als minder risicovol aangezien dit de belangen van de consument (toegankelijkheid, kwaliteit of betaalbaarheid van zorg) minder in het geding brengt, omdat het juist de bedoeling is dat verzekeraars druk uitoefenen op de prijs-kwaliteit verhouding (en daarmee op de onderliggende kosten) van de zorgaanbieders. Dit vooronderstelt wel dat sprake is van voldoende keuze voor de consument op de verzekeringsmarkt en dat de inkoopmacht niet wordt gebruikt om concurrenten uit te sluiten zodat zij leidt tot verkoopmacht op de verzekeringsmarkt. Verkoopmacht van verzekeraars op de verzekeringsmarkt kan immers ook leiden tot uitbuiting van de consument (waaronder begrepen verschraling van het zorgaanbod ten nadele van de consument).
- **Uitsluiting:** uitsluiting van concurrenten door partijen met AMM is bijzonder risicovol volgens de NZa omdat de consumentenbelangen hierdoor sneller in gevaar komen. Door uitsluiting verminderde concurrentie leidt immers tot minder strijd tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars om de gunst van de consument en daarmee tot slechtere toegankelijkheid, kwaliteit of betaalbaarheid van zorg voor de consument. Waar concurrentie tekort schiet kunnen consumenten vervolgens worden uitgebuit. Met name uitsluiting door misbruik van verkoopmacht zal door de NZa worden bestreden – omdat deze waarschijnlijker is – maar waar inkoopmacht gepaard gaat met een gebrek aan concurrentie op de verzekeringsmarkt zal hier bijvoorbeeld het gebruik van exclusieve (uitsluitende) contracten met essentiële zorgaanbieders door de NZa niet worden toegestaan.
- **Uitbuiting:** het benadrukken van het bevorderen van concurrentie als primaire bescherming van het consumentenbelang betekent ook dat uitbuiting als zodanig niet de eerste prioriteit heeft. Waar uitbuiting plaatsvindt, zal de NZa in de eerste plaats kijken hoe toetreding en concurrentie op de kortst mogelijke termijn zodanig bevorderd kunnen worden zodat deze op natuurlijke wijze de uitbuiting opheffen. Direct ingrijpen in uitbuiting bijvoorbeeld door prijsregulering van een individuele marktpartij is een uiterste remedie die bijzonder terughoudend zal worden toegepast, bijvoorbeeld bij monopolies op essentiële zorg.

4.5.6 Effecten

Het is in de praktijk lastig onderscheid te maken tussen gedrag met uitsluiting als doel (en effect) en gezonde concurrentie op de markt. Evenals in het algemene mededingingsrecht geldt voor de toepassing van het AMM-instrument door de NZa dat er een zekere spanning kan

bestaan tussen het effect van een AMM-situatie voor het consumentenbelang op korte en op langere termijn.

Roofprijzen bijvoorbeeld die bedoeld zijn om een concurrent uit de markt te drukken of om toetreding tegen te houden door onder de kostprijs te leveren kunnen op korte termijn gunstig zijn voor consumenten, omdat zij lage prijzen als gevolg hebben. Op langere termijn kan het gevolg echter zijn dat zodra de concurrentie verdrongen is de prijzen tot buitensporige hoogte worden opgetrokken teneinde alsnog de consument uit te buiten. Concurrentie leidt daarentegen op langere termijn tot dynamische efficiency, dus het aanbod van nieuwe producten en diensten, een betere verhouding tussen prijs en kwaliteit en meer keuzevrijheid, zodat de consument daar ook van profiteert. Vanwege hoge overstapdrempels bij consumenten, zullen ook toetreders incidenteel prijzen stellen onder de kosten, hetgeen de concurrentie vergroot.

In overeenstemming met de voorrang die wordt gegeven aan het consumentenbelang zal de NZa ten aanzien van lage prijzen terughoudend optreden. Het optreden van de NZa zal afhankelijk zijn van de vraag of de lage prijzen het gevolg zijn van daadwerkelijke concurrentie aan de kant van de zorgaanbieders, van inkoopmacht aan de kant van de verzekeraars, of het gevolg zijn van het gebruik van AMM om concurrenten uit te sluiten. Alleen in het laatste geval ligt optreden door de NZa voor de hand. Als prijzen incidenteel onder de kosten liggen als gevolg van inkoopmacht maar de voordelen daarvan aan de consument worden doorgegeven op een concurrerende zorgverzekeringsmarkt, of als gevolg van een felle concurrentiestrijd tussen aanbieders, bijvoorbeeld wanneer toetreders op deze wijze 'marktaandeel kopen', ziet de NZa geen reden om op te treden.

In ieder geval zullen afwegingen tussen het algemene consumentenbelang op korte en op lange termijn in de betreffende AMM besluiten van de NZa expliciet gemaakt worden.

Voorbeeld: efficiënte koppelverkoop

Koppelverkoop hoeft niet schadelijk te zijn en kan zelfs voordelig zijn. Stel binnen ziekenhuis X is het standaard praktijk dat bij een bloedonderzoek niet alleen op de door de arts aangegeven waarden wordt getest, maar ook op een aantal andere standaard waarden. Het testen op deze standaard waarden is, als het bloed eenmaal is afgenomen, relatief goedkoop. Deze standaard waarden kunnen echter van groot belang zijn bij de behandeling. Een lokaal laboratorium biedt deze standaard tests eveneens aan en stelt dat ziekenhuis X aan ongeoorloofde koppelverkoop doet.

Risicoanalyse:

In dit geval is het vanuit het belang van de behandeling en vanuit de efficiëntie buitenproportioneel om ziekenhuis X te verplichten om te ontbundelen.

Voorbeeld: rooftprijzen omwille van de concurrentie

Er zijn twee relevante geografische markten waar AWBZ-zorg voor verstandelijk gehandicapten plaatsvindt. In beide regio's is slechts één instelling actief (aanbieder A en B op respectievelijk regio A en B). Uit onderzoek blijkt verder dat een cliënt die eenmaal voor een instelling heeft gekozen niet snel zal overstappen naar een andere instelling (zie bijvoorbeeld NMa besluit 4245/Vizier-De Wendel). Na liberalisering besluit de aanbieder A regio B te betreden. Aangezien cliënten niet snel geneigd zijn om over te stappen, worden in het eerste jaar prijzen in rekening gebracht die substantieel onder die van aanbieder B liggen. Aanbieder B stelt dat deze prijzen ver onder de kostprijs liggen en dat aanbieder A, die dominant is in regio A, misbruik maakt van haar AMM-positie door met behulp van kruissubsidies rooftprijzen binnen regio B in rekening te brengen.

Risicoanalyse:

Rooftprijzen zijn prijzen die onder de (variabele)kosten liggen. Hiermee is het mogelijk om concurrenten van de markt te verdrijven. Echter, het aanbieden van producten tegen een buitengewoon lage prijs, zelfs onder de kostprijs, kan een manier zijn om een markt als niet dominante partij te betreden waarmee de concurrentie wordt bevorderd.

Dit kan bijvoorbeeld geoorloofd zijn omdat de consument zeer hoge overstapkosten ervaart. Om de consument tot overstappen te bewegen kan het derhalve noodzakelijk dat in eerste instantie onder de kostprijs wordt geboden. In een dergelijk geval zullen rooftprijzen toegestaan worden, totdat de toetredende zelf in die regio dominant is en de rooftprijzen gebruikt om de concurrentie van de markt te drukken.

In dit geval is aanbieder A wel dominant op regio A, maar (nog) niet op regio B en gelet op de positie van aanbieder B in regio B is het onwaarschijnlijk dat A hier dominant kan worden. Het gebruik van prijzen die onder de kostprijs liggen, zal in dit geval de concurrentie bevorderen en door de NZa niet bestreden worden. Bovendien staat aanbieder B niets in de weg om regio A te betreden en daar hetzelfde te doen.

^

De Europese Commissie heeft onlangs de manier waarop Artikel 82 van het EG-Verdrag (verbod op misbruik van economische machtspositie) wordt toegepast op gedragingen die gericht zijn op uitsluiting ter discussie gesteld⁴³. De kans is groot dat zij in de toekomst minder op de vorm van een bepaalde gedraging zal letten en meer op de effecten van dit gedrag voor de concurrentie op de markt (een meer economische benadering). Bijvoorbeeld prijzen onder de kostprijs (rooftprijzen) zullen dan alleen nog als misbruik beschouwd worden:

- als vastgesteld kan worden dat dit een duidelijk uitsluitend effect heeft
- en als aannemelijk is dat de AMM-partij op termijn in staat zal zijn de prijzen ten nadele van consumenten weer te verhogen teneinde de tijdelijke prijsverlaging te compenseren door buitensporige winsten te maken (uitbuiting) nadat de concurrentie is verdreven

⁴³ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses: Public consultation (Brussel, december 2005).

(bijvoorbeeld omdat de kans op toetreding gering is, waardoor er geen druk van potentiële concurrentie is).

Deze nieuwe trend in het algemene mededingingsrecht is relevant voor de AMM-bevoegdheden van de NZa. Weliswaar wordt bij 'ex ante' toezicht op basis van de Wmg veelal uitgegaan van verwachtingen ten aanzien van de effecten van mogelijk (bijvoorbeeld toekomstig) gedrag in plaats van (alleen van) de effecten van daadwerkelijk gedrag, maar de discussie over Artikel 82 geeft wel richting aan de prioriteiten die de NZa zich stelt bij het opleggen van verplichtingen. Zoals hierboven geschetst is, zullen effecten onder criterium 3a in ieder geval worden meegenomen als 'sterke indicaties van het gebruik van marktmacht' – zonder dat het evenwel komt tot een formele misbruiktoets.

De NZa zal in bepaalde gevallen individuele gevallen verplichtingen opleggen zonder dat eerst de effecten van de verplichting uitgebreid zijn onderzocht, hetgeen nog een extra reden is om terughoudend zijn in het optreden tegen potentiële gedragingen die kunnen leiden tot lagere prijzen (zoals kortingen, roofprijzen en prijsdiscriminatie⁴⁴) als niet vooraf vaststaat dat er tenminste een concreet risico bestaat op uitsluitende effecten, gevolgd door een risico op prijsverhogingen. De NZa wil immers de betaalbaarheid van de zorg bevorderen middels concurrentie. Het zou daarom contraproductief zijn om in te grijpen bij prijsconcurrentie als niet duidelijk is of de daadwerkelijke concurrentie op langere termijn bedreigd wordt. Vooral gedragingen die een koppeling leggen tussen gereguleerde en niet-gereguleerde diensten (het overhevelen van marktmacht) zullen wél kritisch worden bekeken.

Voorbeeld: prijsdiscriminatie (uit NMa richtsnoeren voor de zorgsector)

Een zorgverzekeraar met een economische machtspositie op de zorginkoopmarkt betaalt aan huisartsen in Amsterdam hogere tarieven dan aan huisartsen in Haarlemmermeer.

Risicoanalyse:

Een zorgverzekeraar mag rekening houden met lokale verschillen in de kosten van inrichting van de praktijken, zoals huisvestingskosten. Verder mag hij ook differentiëren op grond van de omvang van de consumentenpopulatie en de aard en zwaarte van het takenpakket. Ten slotte mag de verzekeraar een minder attractieve locatie door een hoger tarief aantrekkelijker maken om zo aan zijn zorgplicht te kunnen voldoen. Indien de verschillen in huisartsentarieven tussen Amsterdam en Haarlemmermeer op dergelijke redenen gebaseerd zijn, dan is er geen sprake van discriminatie.

Ook ten opzichte van 'discriminatie' door zorgverzekeraars zal de NZa zich in beginsel terughoudend opstellen. Daadwerkelijke concurrentie ontwikkelt zich alleen als inkopende partijen kunnen kiezen tussen verschillende aanbieders. Een discriminatieverbod dat leidt tot een algemene contracteerplicht belemmert dat efficiency- of kwaliteitsverschillen tussen aanbieders beloond worden. Dit beschermt wel individuele marktpartijen, maar dit stimuleert niet de gewenste ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie.

⁴⁴ Prijsdiscriminatie kan afhankelijk van de omstandigheden van het geval zeer verschillend uitwerken. Bedoeld zijn vormen van prijsdiscriminatie die gericht zijn op de introductie van lagere prijzen voor groepen afnemers., hetgeen efficiënt kan zijn.

Voorbeeld: discriminatie (uit NMa visiedocument inkoopmacht)

De positie van de zorgverzekeraar in een bepaalde regio houdt niet in dat deze met iedere vrije beroepsbeoefenaar moet onderhandelen en evenmin dat een zorgverzekeraar zonder meer de voorwaarden van een vrijeberoepsbeoefenaar moet accepteren. Een zorgverzekeraar is in beginsel vrij om te kiezen met wie hij een contract wil aangaan, ook als er sprake is van AMM. De contracteereisen moeten dan wel objectief en transparant zijn, hetgeen betekent dat de zorgaanbieder van tevoren moet kunnen weten aan welke eisen hij moet voldoen. Verder mag het ziekenfonds de eisen niet op discriminatoire wijze toepassen.

Consultatievraag 5: in hoeverre kunnen en/of moeten (potentiële) effecten van gedrag leidend zijn voor het opleggen van verplichtingen aan een AMM-partij?

4.6 Criterium 3b: Algemene verplichtingen volstaan niet

Het tweede en laatste onderdeel van het derde criterium dat gebruikt wordt voor de risicoanalyse is de vraag of algemene verplichtingen op basis van de Wmg kunnen volstaan om de onder het eerste onderdeel geconstateerde mededingingsproblemen hetzij te voorkomen, hetzij op te lossen. Dit onderwerp komt in meer detail terug bij de proportionaliteitstoets die van toepassing is bij het bepalen welke verplichtingen bij een geconstateerde AMM-positie passend zijn. Zowel proportionaliteit als de noodzaak tot prioritering vereisen echter dat deze toets (in globale zin) al in het stadium van de risicoanalyse aan de orde komt.

De relevante algemene verplichtingen zijn:

(i) in gereguleerde markten: historisch gegeven tariefregulering per prestatie (op basis van maximum tarieven voor vrije beroepen en ZBCs, op basis van vaste prijzen voor ziekenhuizen)

(ii) in geliberaliseerde markten: algemene tariefregulering op basis van artikel 52 Wmg (bijvoorbeeld op basis van maatstafconcurrentie met een prijsplafond voor gemiddelde prijzen voor alle prestaties op basis van gemiddelde kosten binnen de sector plus redelijk rendement)⁴⁵

⁴⁵ Tariefregulering op basis van de Wmg kan zowel betrekking hebben op losstaande prestaties (in de vorm van vaste, maximum- of minimumprijzen) als ook op een bundel van producten waarbij alleen het globale prijsniveau over alle gebundelde prestaties samen (bijvoorbeeld in de vorm van een prijsplafond) maar niet de relatieve prijzen per prestatie worden gereguleerd. Naast dit onderscheid in aggregatieniveau van tariefregulering kan ook een indeling naar de vaststelling van tarieven worden gemaakt, bijvoorbeeld door maatstafconcurrentie of door een normatieve kostenonderbouwing. De NZa bepleit een transitieperiode met tariefregulering op basis van een prijsplafond met maatstafconcurrentie alvorens markten volledig geliberaliseerd worden.

(iii) zowel in gereguleerde als geliberaliseerde markten: de verplichtingen uit paragraaf 4.2 Wmg die betrekking hebben op transparantie, principes voor kostentoerekening en contractuele voorwaarden.

De tariefregulering van individuele prestaties in gereguleerde markten (hierboven: (i)) is een historisch gegeven en wordt met het voortschrijden van de liberalisering in de gezondheidszorg uitgefaseerd (met uitzondering wellicht van bepaalde vormen van acute zorg). Voor zowel de andere algemene verplichtingen (hierboven: (ii) en (iii)) als de AMM-specifieke verplichtingen geldt dat deze proportioneel en derhalve op basis van een risicoanalyse, die op marktgegevens en op een theoretisch economisch kader is gestoeld, moeten worden opgelegd.

4.6.1 Het verband tussen algemene en AMM specifieke verplichtingen

Het uitgangspunt is dat AMM alleen daar relevant is waar sprake is van vrijheidsgraden voor marktpartijen. Een andere manier om dit uit te drukken is dat het AMM-instrument zijn grenzen vindt in wettelijke kaders: zo is het niet mogelijk om met behulp van het AMM-instrument een wettelijk vastgesteld tarief bij te stellen. Wel kan in aanvulling op een algemene wettelijk plicht tot het verstrekken van bepaalde gegevens aanvullend een AMM verplichting tot het bieden van nog meer transparantie aan een individuele partij worden opgelegd: hiermee wordt immers de bestaande vrijheid van deze partij verder beperkt, en niet een wettelijk gegeven regeling ongedaan gemaakt.

Hieronder wordt nader toegelicht hoe, wanneer binnen het wettelijk kader wel ruimte is voor het opleggen van algemene of AMM specifieke verplichtingen, het verband loopt tussen algemene verplichtingen (voor 'alle' marktpartijen) en specifieke verplichtingen (voor AMM-partijen in individuele beschikkingen):

- Bovengenoemde algemene verplichtingen hebben voorrang op de specifieke verplichtingen die alleen gelden voor AMM-partijen, in die zin dat zelfs een AMM-analyse in principe pas wordt ondernomen als wordt verwacht dat de bestaande algemene verplichtingen, of nieuw op te leggen algemene verplichtingen, niet zullen volstaan om bepaalde (potentiële) problemen op te lossen. Dit betekent dat specifieke verplichtingen pas worden opgelegd als ook algemene verplichtingen worden opgelegd (of al eerder waren opgelegd), maar deze het publieke belang onvoldoende garanderen, omdat daadwerkelijke mededinging nog steeds ontbreekt. Dit betekent overigens niet dat er per definitie algemene verplichtingen zijn of worden opgelegd als op het probleem toegesneden algemene verplichtingen niet bestaan. Bijvoorbeeld: voor het voorkomen van koppelverkoop, door middel van het opleggen van een AMM verplichting tot ontbundeling, bestaat geen algemene verplichting die ontbundeling effectief kan bewerkstelligen.
- De algemene verplichtingen die de NZa kan opleggen hebben betrekking op alle partijen op een bepaalde markt en zijn gericht op het oplossen van algemeen geconstateerd marktfalen in deze markt – zoals bijvoorbeeld een informatieachterstand ten aanzien van (relatieve) prijzen en kwaliteit. Het gaat hier om de algemene

verplichtingen die kunnen worden opgelegd door de NZa zelf⁴⁶, ten aanzien waarvan de NZa (nadere) regels kan stellen zoals:

- door zorgaanbieders of verzekeraars gehanteerde procedures voor het verlenen van diensten of zorg in art 34. derde lid, Wmg
- transparantie richting eindgebruikers in art 37 en 38, derde lid, Wmg
- principes van kostentoerekening in art 36, derde lid, Wmg.

De NZa maakt de keuze om deze algemene verplichtingen al dan niet op te leggen op basis van een risicoanalyse die mede ingaat op de vraag of dergelijke algemene verplichtingen kunnen volstaan.

Hetzelfde geldt in geliberaliseerde markten voor de vraag of bepaalde vormen van prijsregulering (zoals een prijsplafond op basis van maatstafconcurrentie) algemeen moeten worden opgelegd.

- Er is een wisselwerking tussen algemene tariefregulering en ingrijpen in tarieven op basis van AMM: als er op marktbreed- c.q. systeemniveau sprake is van marktmacht van aanbieders, waar geen of onvoldoende compenserende inkoopmacht van de verzekeraars tegenover staat, is algemene tariefregulering aan de orde (bijvoorbeeld op basis van een prijsplafond met maatstafconcurrentie) en geen massale toepassing van het AMM-instrument. In een dergelijk geval is de toepassing van AMM beperkt, want aanvullend of complementair in gevallen waarin algemene tariefregulering niet volstaat. Dit kan als volgt worden uitgewerkt:
 - bij vaste prijzen is AMM regulering ten aanzien van prijzen niet mogelijk (en ook niet nodig) omdat er voor marktpartijen geen vrijheidsgraden bestaan
 - bij keuze voor een prijsplafond met maatstafconcurrentie gebaseerd op gemiddelde prijzen of kosten blijft ruimte voor aanvullende toepassing van het AMM-instrument op buitensporige prijzen, roof- en wurgprijzen
 - bij maximumprijzen (die buitensporige prijzen uitsluiten) blijft ruimte voor toepassing van het AMM-instrument op wurg- en rooftprijzen
 - bij minimumprijzen (die rooftprijzen uitsluiten) blijft ruimte voor toepassing van het AMM-instrument op buitensporige prijzen en wurgprijzen.

AMM tariefregulering is in principe zwaarder dan algemene tariefregulering (behalve vaste prijzen), in de zin dat het voor de individuele marktpartij ingrijpender is. Anderzijds bestaat er een omslagpunt wanneer het grootste gedeelte van de markt(en) concurrerend is en AMM problemen zich sporadisch voordoen, wanneer het vanuit het perspectief van de markt(en) als geheel lichter is om de algemene tariefregulering op te heffen en problemen ten aanzien van individuele marktpartijen met het AMM-instrument op te lossen. Indien er geen sprake meer is van zodanig wijd verspreide marktmacht van aanbieders dat algemene tariefregulering niet langer nuttig is – dus als gemiddeld genomen sprake is van effectieve concurrentie – wordt deze dan ook opgeheven. Er wordt

⁴⁶ Het gaat hier dus niet om de algemene verplichtingen die al rechtstreeks volgen uit de Wmg zoals de overige bepalingen van paragraaf 4.2 Wmg.

dan eventueel alleen nog op de (mogelijk) resterende AMM aanbieders individuele tariefregulering op basis van AMM toegepast.

- De specifieke verplichtingen die de NZa aan bepaalde partijen op een relevante markt kan opleggen zijn gekoppeld aan een vaststelling in het individuele geval van het bestaan van een positie van AMM, die leidt tot (potentiële) mededingingsproblemen, welke met een proportionele inzet van bepaalde aan AMM-partijen op te leggen individuele verplichtingen op te lossen en/of te voorkomen zijn. Omdat ze in een individueel geval worden opgelegd (dus niet aan alle marktpartijen) kunnen specifieke verplichtingen als 'zwaarder' worden gezien. AMM is dan een aanvulling op de algemene verplichtingen die ertoe dient dat zij hun beoogde effect – het op gang brengen van vraaggestuurde marktwerking – bereiken.
- Er is geen overlap tussen algemene en specifieke verplichtingen: de NZa legt de algemene verplichtingen zó uit dat er geen overlap is, zodat de specifieke verplichtingen steeds zwaarder zijn dan de algemene verplichtingen (en dus supplementair zijn). Hierbij moeten natuurlijk wel vergelijkbare grootheden worden vergeleken: dus algemene prijsmaatregelen met AMM prijsmaatregelen, algemene transparantieverplichtingen met AMM transparantieverplichtingen (en niet algemene prijsmaatregelen met AMM transparantieverplichtingen). Beide kunnen wel samen worden opgelegd (juist omdat ze complementair zijn).

Tabel 1: overzicht van het verband tussen marktsituatie en de toepasselijke verplichtingen

	Vaste tarieven	Algemene verplichtingen transparantie/processen	Lichtere vormen van Tariefregulering	AMM-verplichtingen
Markt nog niet vrijgegeven	Toepassen (1)	Toepassen (2)	n.v.t.	Toepassen (3) behalve AMM tariefregulering
Markt vrijgegeven maar nog niet concurrerend vanwege wijd verspreide AMM problematiek	n.v.t.	Toepassen (1)	Toepassen (2) als alternatief individuele AMM regulering groot aantal partijen is	Toepassen (3)
Markt vrijgegeven, en redelijk concurrerend, alleen plaatselijk AMM problemen	n.v.t.	Toepassen (1)	n.v.t.	Toepassen (2)
Markt vrijgegeven en redelijk concurrerend, alleen nog marktfalen informatie/processen	n.v.t.	Toepassen	n.v.t.	In reserve
Markt daadwerkelijk concurrerend	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	In reserve

Toelichting bij de tabel:

- De tabel wordt gelezen door eerst in de eerste kolom (verticaal) de toepasselijke marktsituatie te kiezen, en vervolgens in de daarbij behorende rij (horizontaal) te lezen welke typen verplichtingen in die situatie (kunnen) worden toegepast
- Er wordt onderscheid gemaakt tussen algemeen verbindende tariefregulering op basis van vaste prijzen, en lichtere vormen van algemeen verbindende tariefregulering (zoals maximumprijzen en prijsplafonds); tariefregulering die wordt beperkt tot specifieke AMM-partijen valt onder de AMM-verplichtingen
- In de tabel is met nummers aangegeven in welke volgorde (1); (2); (3) de verschillende soorten verplichtingen in een bepaalde marktsituatie worden opgelegd
- Binnen ieder type verplichtingen (kolom) geldt ook weer een verloop van licht naar zwaar waarin verplichtingen worden opgelegd (bijvoorbeeld voor het palet aan AMM-verplichtingen: eerst transparantieverplichtingen, pas in laatste instantie prijsregulering).

4.6.2 Uitwerken van algemene en specifieke verplichtingen

Algemene verplichtingen: de algemene verplichtingen worden uitgewerkt als onderdeel van een instrumentenladder (in de vorm van een NZa Visiedocument). Binnen deze instrumentenladder geldt bovendien voor een aantal onderwerpen dat er (op grond van de Wmg verplicht) beleidsregels moeten worden opgesteld (bijvoorbeeld betreffende het goedkeuren of in een individueel geschil opleggen, van

tarieven, respectievelijk het ambtshalve vaststellen van tarieven, zoals een tariefplafond). Verder kan de NZa voor een aantal onderwerpen (zoals bijvoorbeeld principes van kostentoerekening) 'nadere regels' stellen. Een en ander wordt door de NZa op basis van een Visiedocument instrumentenladder nog nader uitgewerkt.

Specifieke verplichtingen: parallel daaraan worden in dit consultatiedocument de AMM specifieke verplichtingen uitgewerkt. Binnen het AMM project worden, behalve het Visiedocument AMM, ook beleidsregels geproduceerd ten aanzien van:

- AMM vaststelling
- uitsluiting en uitbuiting
- voorlopige voorzieningen (artikel 49 Wmg).

Hiermee worden meteen de rechte wegen en de prioriteiten van de NZa in kaart gebracht. De verhouding tussen algemene en specifieke verplichtingen komt verder aan de orde in hoofdstuk 7 bij de behandeling van de proportionaliteit van verplichtingen.

4.6.3 AMM als aanvulling op algemene maatregelen ten behoeve van de consument

Hierboven kwamen al enkele algemene wettelijke maatregelen aan de orde die de consument beschermen en relevant zijn in het kader van de toepassing van het AMM-instrument. Hieronder worden nog kort een aantal andere maatregelen genoemd waarbij de NZa betrokken is als toezichthouder en die een impact hebben op de toepassing van het AMM-instrument.

- **Tariefbeheersing:** in de nog gereguleerde markten wordt uitbuiting van de consument voorkomen door tariefbeheersing (vaste of maximum prijzen). In markten met vaste of maximumtarieven ligt toepassing van het AMM-instrument om de consument tegen uitbuiting te beschermen dan ook minder voor de hand, omdat het risico van buitensporig hoge tarieven als gevolg van AMM hier niet aanwezig is⁴⁷.
- **Maatstafconcurrentie:** maatstafconcurrentie op basis van gemiddelde historische prijzen en nog in meerdere mate op basis van gemiddelde kosten plus redelijk rendement, zorgen voor een prijsplafond dat er – gemiddeld – toe leidt dat uitbuiting niet aan de orde is. Bovendien zorgt vooral maatstafconcurrentie op basis van gemiddelde kosten plus redelijk rendement voor concurrentieprikkels omdat alle aanbieders binnen Nederland hierdoor op basis van doelmatigheid met elkaar concurreren. Naast maatstafconcurrentie kan toepassing van het AMM-instrument aan de orde zijn om uitsluiting (bijvoorbeeld door rooftprijzen) en uitbuiting tegen te gaan.
- **Algemene transparantievereisten en borging van kwaliteit:** de Wmg legt direct een aantal transparantieplichtingen op aan zorgaanbieders en zorgverzekeraars. Paragraaf 4.2 Wmg geeft de NZa daarnaast een aantal bevoegdheden om aanvullende transparantieplichtingen op te leggen aan zorgaanbieders (en,

⁴⁷ Desondanks kan de NZa ook in tariefgereguleerde markten het AMM-instrument inzetten. Dit kan bijvoorbeeld betrekking hebben op koppelverkoop, of waar maximumtarieven gelden in plaats van vaste tarieven, op roof- of wurgprijzen. Bijvoorbeeld als algemene tariefregulering plaatsvindt op basis van maatstafconcurrentie (prijsplafond) ten aanzien van gemiddelde prijzen kan er daarnaast wél nog ruimte zijn voor optreden tegen buitensporige prijzen.

in mindere mate, aan zorgverzekeraars). De NZa zal deze bevoegdheden gebruiken waar marktfalen bestaat (informatieasymmetrie), bijvoorbeeld om minimum eisen op te leggen aan zorgaanbieders om informatie over kwaliteit te verstrekken aan consumenten, zorgverzekeraars en derden die informatie aggregeren en vergelijken. In daadwerkelijk concurrerende markten zullen marktpartijen immers niet alleen op prijs concurreren, maar ook op kwaliteit (beter gezegd: op de prijs/kwaliteit verhouding). Uiteindelijk is het drukken van de prijs en daarmee het beheersen van de kosten geen doel op zich, ook al omdat kwalitatief betere zorg belangrijke uitstralingseffecten naar de economie in het algemeen heeft. Op dit moment bestaat nog onvoldoende kwaliteitsinformatie (zelfs bij zorgaanbieders zelf) om vergelijkingen door zorgaanbieders en verzekeraars – laat staan door consumenten – mogelijk te maken. Als laatste redmiddel om de informatieasymmetrie aan te pakken kan de NZa ook zelf (vergelijkende) informatie bekend maken.

- **Bevordering toetreding:** de NZa adviseert de minister over maatregelen om de toetreding te bevorderen in gevallen waar dit wenselijk is om daadwerkelijke mededinging in zorgmarkten tot stand te brengen. Hieronder valt ook het bevorderen grensoverschrijdende diensten. Bijvoorbeeld in grensregio's waar sprake is van zorgaanbieders met AMM zal de meest nabijgelegen potentiële concurrent zich mogelijk over de grens bevinden. Door toetreding van een dergelijke partij te bevorderen kan de AMM-positie worden beperkt.
- **Keuzeondersteuning:** de NZa bereidt maatregelen voor om de consument bewuster te maken van zijn mogelijkheid om een geïnformeerde keuze tussen verschillende zorgaanbieders te maken, alsmede de mogelijkheden van de zorgverzekeraars om een gedifferentieerd aanbod te doen aan consumenten, gebaseerd op selectieve contracten met zorgaanbieders te vergroten. (Hierbij niet alleen inbegrepen het doorgeven door verzekeraars van kostenvoordelen aan consumenten, maar bij voorkeur ook door het realiseren van kwaliteitsverbeteringen.) Door consumenten bewust te maken van hun eigen afnemersmacht kan het risico op het ontstaan van een partij met AMM worden verkleind.

Bij het bepalen of een AMM-analyse noodzakelijk is, weegt de NZa mee in hoeverre met bovenstaande maatregelen potentiële mededingingsproblemen reeds afdoende worden ondervangen. Bij het toepassen van AMM wordt vervolgens gebruik gemaakt van de eerder aangegeven prioritering.

4.7 Marktonderzoek en klachten

In het bovenstaande zijn de criteria toegelicht op basis waarvan de risicoanalyse die voorafgaat aan een AMM-analyse kan worden uitgevoerd. Voor de toepassing van deze criteria (het vaststellen van het bestaan van toetredingsdrempels, een eerste indruk van de concentratiegraad en prijstrends, het – waar mogelijk – meten van de winstelasticiteit, sterke indicaties van het gebruik van marktmacht) wordt voorgesteld dit te doen in de context van de opdracht tot het monitoren van de sector die de NZa heeft op grond van artikel 32 Wmg (marktonderzoek).

Daarnaast zal de NZa dienen te reageren op klachten ten aanzien van mededingingsproblemen die het gevolg kunnen zijn van het bestaan van AMM. Het bestaan van (veel) klachten met betrekking tot een bepaalde

markt zal aanleiding zijn om aan deze markt extra aandacht te besteden in het kader van de risicoanalyse. Dit tenzij het een type klachten betreft waarvan de NZa al van tevoren heeft aangegeven deze niet als prioriteit of zelfs niet als betrekking hebben op schadelijk gedrag te zien (bijvoorbeeld klachten van zorginstellingen over inkoopmacht die niet gericht zijn op exclusiviteit en/of uitsluiting).

4.8 Conclusie

Het bovenstaande vormt een relatief helder kader voor de risicoanalyse om te bepalen op welke markten zich mededingings- c.q. AMM-problemen kunnen voordoen. Deze risicoanalyse is in eerste aanleg gebaseerd op drie preliminaire vragen:

- Is er sprake van hoge structurele toetredingsdrempels, en/of
- Zal de markt op termijn vanzelf daadwerkelijk concurrerend worden, en
- Volstaan algemene verplichtingen om de mededingingsproblemen/het marktfalen op te lossen?

In algemene zin valt ook al iets te zeggen over de prioriteiten van de NZa. Dit betekent in de eerste plaats dat met name problemen die leiden tot uitsluiting ondervangen moeten worden, omdat deze bepalend zijn voor de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging (die uiteindelijk verdere regulering overbodig maakt). Als dit slaagt, wordt – bij afwezigheid van andere toetredingsdrempels – uitbuiting hiermee voorkomen.

Inkoopmacht wordt niet als een probleem gezien met betrekking tot prijszetting, maar alleen met betrekking tot exclusiviteitsbedingen die daadwerkelijke concurrentie in de zorgverzekeringsmarkten zou kunnen ondermijnen. De NZa zal wel bijzondere aandacht geven aan verkoopmacht, vooral als een hefboomeffect gebruikt kan worden om AMM in gereguleerde markten over te hevelen naar geliberaliseerde markten. Dit leidt tot extra aandacht voor rooftprijzen, getrouwheidskortingen en koppelverkoop in zorginkoopmarkten.

5. Vaststellen van AMM

5.1 Marktafbakening

5.1.1 Het belang van marktafbakening

Marktafbakening is een essentieel onderdeel van de analyse van AMM. Het voornaamste doel van marktafbakening is om vast te stellen met welke concurrentiedruk de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd. Kort gezegd, oefenen producten die tot dezelfde relevante markt behoren concurrentiedruk op elkaar uit. Daarnaast is de relevante markt van belang voor het berekenen van marktaandelen. De relevante markt bestaat uit twee dimensies: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt⁴⁸.

In artikel 46 Wmg wordt daarnaast nog gesproken van de zorginkoopmarkten, zorgverzekeringsmarkten en zorgverleningsmarkten. Dat onderscheid is bedoeld om het domein van de AMM-bevoegdheden van de NZa af te bakenen. Voor de behandeling van individuele gevallen van AMM is die categorisering echter niet van belang, omdat de relevante markten altijd beperkter zijn.

5.1.2 Productmarkt en geografische markt

Allereerst komen de belangrijkste marktdimensies, productmarkt en geografische markt kort aan bod.

(i) Productmarkt: de Europese Commissie definieert deze als volgt: *'een relevante productenmarkt [omvat] alle producten die door de afnemer als uitwisselbaar en substitueerbaar beschouwd worden op grond van de kenmerken van het product, de prijzen en het beoogde gebruik.'*⁴⁹. Bij het afbakenen van een relevante markt spelen zowel vraag- als aanbodssubstitutie een belangrijke rol.

- **Vraagsubstitutie:** een bedrijf (of een groep bedrijven) kan geen significante invloed hebben op de prijs als consumenten hun vraag naar producten of diensten eenvoudig kunnen substitueren door andere producten te kopen of uit aanbieders te kiezen die elders gelokaliseerd zijn. Om vast te stellen wat de mogelijkheden zijn van vraagsubstitutie, is het noodzakelijk om de alternatieve aanbieders van het product in kaart te brengen, zowel de producten alsmede de locatie van de verschillende aanbieders is hiervoor van belang.

Het startpunt hierbij is de zogenaamde SSNIP- of hypothetische monopolist test. SSNIP staat voor *'Small but Significant Non-transitory Increase in Price'*. Het idee achter de SSNIP-test is om te beginnen bij de kleinst mogelijke markt en vervolgens de vraag te stellen of een hypothetische monopolist op deze markt in staat is om op een winstgevende manier de prijzen met 5-10% te verhogen. Is dit niet het geval, omdat er substituten beschikbaar zijn waar

⁴⁸ NMa, 25 oktober 2002, Richtsnoeren voor de zorgsector.

⁴⁹ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PubEG 1997, C372/5, randnummer 7.

afnemers bij een dergelijke prijsverhoging naar over zullen stappen, dan moet de markt worden uitgebreid met deze substituten.

Vervolgens wordt dit proces net zo lang herhaald tot een markt is gevonden waarop een hypothetische monopolist zijn prijzen duurzaam boven het competitieve niveau kan vaststellen: met andere woorden een markt waarop een partij met AMM zich onafhankelijk kan gedragen van concurrenten, leveranciers en consumenten ligt eraan ten grondslag.

In de zorg is vraagsubstitutie op de productmarkt maar in beperkte mate mogelijk. Er is in de regel geen substitutie tussen behandelingen voor verschillende diagnoses. Waar substitutie mogelijk is betreft dit verschillende behandelingen voor dezelfde diagnose. In de ziekenhuiszorg is voor bepaalde (niet alle) diagnoses bijvoorbeeld verschuiving van klinische naar poliklinische zorg en tussen farmacie en chirurgie goed mogelijk.

- **Aanbodsubstitutie:** ook aanbodsubstitutie is een factor die bij een gedegen marktanalyse meegewogen moet worden. Als er ondernemingen actief zijn die eenvoudig (zonder noemenswaardige kosten of risico) hun productie kunnen omschakelen en zo de relevante markt kunnen betreden, moeten deze beschouwd worden als concurrenten. Er dient dan met deze aanbieders rekening gehouden te worden bij het vaststellen van de relevante markt. Dit kan betekenen dat aanbieders van andere producten of ondernemingen die actief zijn op een andere geografische markt toch meegewogen moet worden. Aanbodsubstitutie is in de regel mogelijk op het niveau van specialismen⁵⁰: een orthopeed kan zowel knie- als heupoperaties doen. Wanneer er bij het bestaande prijspeil weinig leveranciers zijn van een bepaalde zorgvorm, kan dat aantal toenemen bij prijsverhogingen. Vaak zullen het leveranciers van andere zorg zijn die zich binnen of niet ver buiten de regionale markt bevinden waar de leveranciers de betreffende zorg al leveren. Of nieuwe leveranciers inderdaad de productmarkt betreden hangt natuurlijk af van de mate waarin de winstgevendheid bij het nieuwe prijspeil voor hen opweegt tegen de kosten van opstart of omschakeling naar het leveren van die zorg

(ii) Geografische markt: de Europese Commissie omschrijft de relevante geografische markt als: *'het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.'*⁵¹

Binnen de productmarkten in de zorg zijn de mogelijkheden van consumenten voor vraagsubstitutie vaak beperkt⁵². Daarom zal het

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld het NMa-besluit in Zaak 3897/Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord van 8 juni 2005 randnummer 21: 'Aanbodsubstitutie is aannemelijk binnen de grenzen van een specialisme...'

⁵¹ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PubEG 1997, C372/5, randnummer 8.

⁵² Zie bijvoorbeeld het NMa-besluit in Zaak 3897/Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord van 8 juni 2005 randnummer 20: '...dan blijkt er, gegeven de specifieke aard van de zorgvraag en het aangeboden product, meestal geen reden

zwaartepunt van de analyse veelal liggen op de afbakening van de geografische markt.

De belangrijkste bijzondere factoren die (veelal in sterke mate en in combinatie) daarbij een grote rol spelen in zorgmarkten zijn: de ont koppeling tussen zorgvraag en betaling, productdifferentiatie, onzekerheid, asymmetrische informatie, toetreding- en uittredingsbarrières, en zoekkosten. Bij het afbakenen van dergelijke markten moet verder een balans worden gezocht tussen de grote databehoeft e van directe toepassingen van de SSNIP-test (inbegrepen logit-competition index en option demand methodes) en het gebruik van minder data-intensieve toepassingen van de SSNIP-test (zoals time-elasticity, competitor share en critical loss analysis, methodes) of zelfs het uitsluitend gebruik maken van gegevens over feitelijke consumentenstromen om markten af te bakenen (zoals in de Elzinga-Hogarty test).

De NMa en NZa hebben inmiddels gezamenlijk een drietal onderzoeken uitbesteed aan hoogleraren uit internationaal werkende instituten om de SSNIP-test (zie de volgende alinea) voor de geografische afbakening van zorgmarkten te implementeren. Resultaten daarvan worden in het voorjaar van 2007 verwacht. De NZa zal hiervan gebruik maken in AMM zaken.⁵³

5.1.3 Complicerende factoren

Bij het toepassen van de SSNIP test in dominantie zaken (zowel AMM als economische machtsposities in de zin van de Mw, dus in tegenstelling tot bijvoorbeeld kartelzaken) bestaat een aantal complicerende factoren⁵⁴:

- **Cellophane fallacy:** de belangrijkste complicatie is de zogenaamde 'cellophane fallacy'. De SSNIP-test gaat in principe uit van het bestaan van een concurrerende prijsniveau om te analyseren wat het marktgedrag van partijen is wanneer de prijzen licht boven dit niveau stijgen. Op een markt waarop een dominante partij actief is liggen de feitelijke prijzen echter meestal al boven het competitieve prijsniveau, en in de buurt van de maximale prijs die de meeste consumenten nog kunnen opbrengen. Het toepassen van de SSNIP-test (een hypothetische verdere prijsverhoging) kan tot gevolg hebben dat de markt onjuist (te ruim) wordt afgebakend omdat consumenten dan massaal uitwijken naar suboptimale substituten die zij in afwezigheid van uitbuiting van een dominante positie nooit gekozen zouden hebben: dit is de cellophane fallacy. Dit risico doet zich dus juist voor in gevallen waar inderdaad sprake is van AMM. De oplossing is om niet uit te gaan van het bestaande prijsniveau, maar op het competitieve prijsniveau als referentiekader te reconstrueren bijvoorbeeld door vergelijking met een competitieve markt, een maatstaf, of een inschatting van de gemiddelde variabele kosten. Er kan dan ook gebruik gemaakt

is om een gekozen marktdefinitie, bijvoorbeeld naar verrichtingen of behandelingen, uit te breiden op basis van vraagssubstitutie.' Dit kan overigens in mindere mate voor langdurige zorg (care) gelden, waar bijvoorbeeld de grens tussen het leveren van thuiszorg vanuit een intramurale instelling middels aanbods substitutie concurrentiedruk kan uitoefenen op extramurale instellingen die thuiszorg aanbieden.

⁵³ Papers over dit onderwerp worden gepresenteerd op een NZa workshop op 10 januari 2007, en daarna beschikbaar gemaakt op de website van de NZa (<http://www.nza.nl>)

⁵⁴ EC 2002, Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

worden van alternatieve criteria om de potentiële vervangers aan de vraag- en de aanbodzijde te bepalen die mogelijk deel uitmaken van dezelfde markt, zoals de functionaliteit van diensten, technische kenmerken en dergelijke.

- **Lage prijselasticiteit:** een tweede probleem bij het toepassen van de SSNIP test op zorgmarkten is de lage prijselasticiteit bij consumenten die de zorg geheel of grotendeels vergoed krijgen van hun verzekeraar. De verzekeraar kan besluiten de zorg elders te contracteren, maar blijft toch een aanzienlijk deel van de kosten bij de niet-gecontracteerde aanbieder vergoeden. De bereidheid bij consumenten om de zorg verder weg te halen is daardoor laag. De bovengenoemde prijsstijging van 10% kan dan te laag gekozen zijn. Het gros van de consumenten zal waarschijnlijk niet prijsgevoelig zijn. Bovendien hoeft de prijselasticiteit niet lineair te verlopen. Uit onderzoek in de VS blijkt dat, terwijl bijvoorbeeld een 5% prijsverhoging meestal niet winstgevend is omdat dit de prijsgevoelige consumenten wegjaagt, een 10% prijsverhoging alsnog wel winstgevend kan zijn. De verklaring is dat als de prijsgevoelige consumenten toch al weg zijn, de rest van de consumenten niet of nauwelijks reageert op verdere prijsveranderingen en dat het verlies van het ene segment zo wordt gecompenseerd door de winst op het (veel grotere) andere segment. In de SSNIP-test moet daarom waar mogelijk de winstmaximerende prijs worden berekend en gekeken of deze groter is dan 5-10%.

Het onderzoek dat NMa en NZa hebben uitbesteed naar uitwerking van de SSNIP-test voor de zorgsector zal op deze aspecten ingaan.

5.1.4 Marktafbakeningspraktijk NMa

Het fundamentele onderscheid tussen Cure en Care wordt door de NMa erkend in haar marktafbakeningspraktijk die voor het merendeel is gebaseerd op concentratiebesluiten.

(i) Cure: In haar visiedocument⁵⁵ geeft de NMa de dimensies aan die zij relevant acht voor het afbakenen van de relevante markt(en) voor ziekenhuiszorg, namelijk:

- klinische of niet-klinische ziekenhuiszorg
- tweede of derde compartiment
- topzorg of reguliere ziekenhuiszorg.

Vanuit de vraagzijde – de consument – bezien, vormt ieder specialisme binnen de algemene ziekenhuiszorg in beginsel een eigen relevante markt die niet of nauwelijks substitueerbaar is met een ander specialisme. Vanuit de aanbodzijde bezien kan vanwege mogelijke aanbodssubstitutie tussen verschillende specialismen, sprake zijn van markten voor algemene ziekenhuiszorg. In diverse besluiten⁵⁶ laat de NMa in het midden of er sprake is van (een) markt(en) voor algemene

⁵⁵ NMa, 'Concurrentie in de ziekenhuissector', Visiedocument 3128/55, Den Haag, januari 2004.

⁵⁶ Zie het besluit in zaak 3524/ Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis – Ziekenhuis Leyenburg, het besluit van 15 juli 2004 in zaak 3897/Ziekenhuis Hilversum – Ziekenhuis Gooi-Noord en het besluit van 8 juni 2005 in zaak 5047/Erasmus MC – Havenziekenhuis.

ziekenhuiszorg of dat nader onderscheid moet worden gemaakt naar specialismen.

- **Algemene ziekenhuiszorg:** de NMa concludeert dat er in de algemene ziekenhuiszorg aparte relevante productmarkten kunnen worden onderscheiden voor⁵⁷:
 - klinische zorg: bij een klinische behandeling wordt de consument langer dan 24 uur opgenomen in het ziekenhuis.
 - niet-klinische zorg: er is sprake van niet-klinische zorg wanneer een consument via een poliklinische behandeling of dagopname binnen 24 uur kan worden geholpen.
- **Farmaceutische hulpverlening door (openbare) apotheken:** de NMa stelt in haar besluiten betreffende het concurrentietoezicht dat farmaceutische hulpverlening een relevante productmarkt is⁵⁸. Onder farmaceutische hulpverlening wordt verstaan het verstrekken van: i) voorgeschreven receptgeneesmiddelen van huisartsen of medisch specialisten en de daarbij behorende zorg als medicatiebewaking en voorlichting, ii) hulpmiddelen en andere middelen zoals incontinentiemateriaal en iii) zogenoemde zelfzorggeneesmiddelen. Sommige openbare apotheken leveren ook farmaceutische hulp aan instellingen, zoals verzorgingstehuizen. De vraag naar farmaceutische hulpverlening is hoofdzakelijk lokaal: vrijwel alle consumenten betrekken hun geneesmiddelen bij een apotheek die is gevestigd in de buurt waar de consument woont. In de betreffende zaken geeft de NMa aan dat de relevante markt dan ook de markt voor farmaceutische hulpverlening in een specifieke gemeente en de aangrenzende plaatsen is.

De NMa onderscheidt voorts relevante productmarkten voor respectievelijk⁵⁹

- (het aanbieden van) zorgverzekeringen;
- de inkoop van zorg

Daarop wordt hieronder nader ingegaan.

- **Zorgverzekeringen:** De NMa heeft geconcludeerd dat er, gezien de grote verschillen met betrekking tot de verzekerde risico's, aparte markten bestaan voor verschillende typen verzekeringen, zoals levensverzekeringen, schadeverzekeringen en ziektekostenverzekeringen⁶⁰. De NMa heeft vóór de inwerkingtreding van de Zvw in een besluit⁶¹ reeds overwogen (maar nog niet nader uitgewerkt) dat de markt voor zorgverzekeringen na inwerkingtreding van de

⁵⁷ Zie het besluit van 18 november 2005 in zaak 5196/Ziekenhuis Walcheren – Stichting Oosterscheldeziekenhuizen, het besluit in zaak 3524/Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis – Ziekenhuis Leyenburg en het besluit in zaak 3897/Ziekenhuis Hilversum – Ziekenhuis Gooi-Noord.

⁵⁸ Zie onder meer het besluit van 21 juni 2004 in zaak 2501-123 Dienstapotheken regio Assen en het besluit van 21 juni 2004 in zaak 2688-157 Stadsapotheken Tilburg.

⁵⁹ Zie de besluiten van 9 oktober 2006 in zaak 5682/Delta Lloyd – Agis – Menzis en in zaak 5154/VGZ-Univè.

⁶⁰ Zie onder meer het besluit van 24 januari 2005 in zaak 4667/Achmea – OZF – OZB, het besluit van 5 november 2004 in zaak 4243/Achmea – AXA, het besluit van 24 juni 2004 in zaak 4093/ONVZ – Zwolsche Algemeene, het besluit van 11 mei 2004 in zaak 4007/DAS Rechtsbijstand – LAR Rechtsbijstand.

⁶¹ Zie het besluit van 23 november 2005 in zaak 5105/VGZ-IZA-Trias.

Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) per 1 januari 2006 mogelijk nader kan worden onderverdeeld in markten voor:

- de basisverzekering en de aanvullende zorgverzekering;
- zorgverzekeringen in natura en via restitutie;
- individuele en collectieve zorgverzekeringen.

In de twee concentratiebesluiten van de NMa van 9 oktober 2006⁶² wordt ingegaan op ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na invoering van de Zvw. De NMa heeft geconcludeerd dat er geen reden is in het kader van de beoordeling van onderhavige concentraties uit te gaan van aparte markten binnen de markt voor zorgverzekeringen, zoals eerder overwogen. De NMa gaat in de besluiten uit van een markt voor zorgverzekeringen. Zij stelt dat er sprake is van een duidelijke tendens naar een landelijke markt voor zorgverzekeringen. Dit laat onverlet dat op het moment waarop de besluiten werden genomen de mate van concentratie in meerdere provincies nog steeds hoog was⁶³. Ten aanzien van de voor het besluit relevante provincies gaat de NMa uit van één geografisch gebied waarvoor de landelijke marktverhoudingen maatgevend zijn. Voor de andere provincies wordt deze beoordeling in het midden gelaten.

- **Inkoop van zorg:** In een eerder concentratiebesluit⁶⁴ gaat de NMa niet nader apart in op de posities van partijen op de markt(en) voor de inkoop van zorg, mede gezien de nauwe samenhang met de verkoopmarkt voor zorgverzekeringen. Deze benadering is in lijn met het visiedocument van de NMa over inkoopmacht⁶⁵. De NMa gaat in dit document nader in op de beoordeling van onder andere het ontstaan of versterken van een economische machtspositie op inkoopmarkten als gevolg van een concentratie. Uit voornoemd visiedocument blijkt, evenals uit de richtsnoeren van de Commissie betreffende de beoordeling van horizontale concentraties⁶⁶, dat met name de positie van partijen op de verkoopmarkt bepalend is voor de beoordeling van de mededingingsrechtelijke gevolgen van een concentratie op de inkoopmarkt. Bij het beoordelen van een concentratie op de inkoopmarkt dient derhalve met name te worden gekeken naar de mogelijkheden van de concentrerende ondernemingen om de verworven positie te gebruiken op de verkoopmarkt, bijvoorbeeld om zo de eigen positie op de verkoopmarkt tegen haar concurrenten af te schermen. Voor de beoordeling van de gevolgen van onderhavige concentraties⁶⁷ ziet de NMa geen reden om van bovengenoemde lijn af te wijken en apart in te gaan op de mogelijke markt(en) voor de inkoop van zorg.

⁶² Zie de besluiten van 9 oktober 2006 in zaak 5682/Delta Lloyd – Agis – Menzis en in zaak 5154/VGZ-Univè.

⁶³ NZa i.o. De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, p. 7. Vektis, Verzekerdemobiliteit en keuzegedrag, p. 11.

⁶⁴ Zie het besluit van 23 november 2005 in zaak 5105/VGZ-IZA-Trias.

⁶⁵ Zie 'Visiedocument Inkoopmacht', NMa, december 2004

(http://www.nmanet.nl/nederlands/home/actueel/publicaties/onderzoeksrapport/visiedocument_inkoopmacht.asp).

⁶⁶ Zie Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. C 31 van 05/02/2004, punten 61 tot en met 63.

⁶⁷ Zie de besluiten van 9 oktober 2006 in zaak 5682/Delta Lloyd – Agis – Menzis en in zaak 5154/VGZ-Univè.

(ii) **Care:** De NMa maakt in haar concentratiebesluiten die betrekking hebben op de Care-sector onderscheid tussen extramurale AWBZ-zorg en intramurale AWBZ-zorg⁶⁸.

- **Extramurale AWBZ-zorg:** binnen de extramurale AWBZ-zorg onderscheidt de NMa aparte relevante markten voor:
 - huishoudelijke verzorging; en
 - persoonlijke verzorging en verpleging⁶⁹.

De NMa heeft in een aantal zaken in het midden gelaten of (en eventueel ook bij daarbinnen te onderscheiden markten) een onderscheid dient te worden gemaakt naar doelgroep⁷⁰. In zaak 5082/Zorggroep West- en Midden-Brabant - Amarant⁷¹ is echter specifiek voor (i) huishoudelijke verzorging en (ii) persoonlijke verzorging en verpleging (vooralsnog) geconcludeerd dat ouderen en verstandelijk gehandicapten tot dezelfde markt behoren.

Verder heeft de NMa een mogelijke markt onderscheiden voor:

- begeleiding; en
- dagactiviteiten.

Het is in het midden gelaten of binnen begeleiding nader onderscheid moet worden gemaakt naar enerzijds activerende begeleiding en anderzijds ondersteunende begeleiding en of binnen dagactiviteiten een nader onderscheid moet worden gemaakt naar dagactiviteiten basis en speciaal⁷².

Voor de geografische omvang van deze productmarkten gaat de NMa uit van een markt die tenminste het werkgebied van een gevestigde speler omvat en ten hoogste de desbetreffende zorgkantoorregio beslaat⁷³.

- **Intramurale AWBZ-zorg:** binnen de intramurale AWBZ-zorg onderscheidt de NMa afzonderlijke markten voor verzorgingshuiszorg enerzijds en verpleeghuiszorg anderzijds⁷⁴. Binnen de markt voor verpleeghuiszorg onderscheidt de NMa aparte markten voor psychogeriatrische verpleeghuiszorg respectievelijk somatische verpleeghuiszorg⁷⁵. Binnen de intramurale AWBZ-zorg onderscheidt de NMa voorts een aparte markt voor zorg aan verstandelijk gehandicapten en een aparte markt voor zorg aan ouderen.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld het besluit van 6 oktober 2006 in zaak 5735/Evean Groep – GGZ Drenthe – Zorggroep Meander en het besluit van 11 juli 2006 in zaak 5082/Zorggroep West- en Midden-Brabant – Amarant.

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld het besluit van 18 augustus 2005 in zaak 4988/Oosterlengte – Thuiszorg Groningen – Sensire, randnummer 11 e.v.

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld het besluit van 16 december 2004 in zaak 4120/Verenigde Amstelhuizen – IJlanden met betrekking tot verstandelijk gehandicapten/ouderen en het besluit van 21 oktober 2005 in zaak 5171/Antaris – Amstelrade – Fontis met betrekking tot lichamelijk gehandicapten/ouderen.

⁷¹ Besluit van 11 juli 2006.

⁷² Zie bijvoorbeeld het besluit van 10 augustus 2006 in zaak 5574/Amstelring – Zonnehuisgroep Amstelland, randnummer 17.

⁷³ Zie bijvoorbeeld het besluit van 17 januari 2005 in zaak 4161 / De Runne – Kruiswerk Mark en Maas – Thebe en het besluit van 28 juli 2006 in zaak 5206/Pantein – STBNO.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld het besluit in zaak 5082/Zorggroep West- en Midden-Brabant – Amarant, reeds aangehaald, punt 9.

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld het besluit van 4 november 2005 in zaak 4212/De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium.

Voor de geografische omvang van deze productmarkten gaat de NMa uit van lokale, dan wel regionale markten. In een aantal besluiten heeft de NMa aangegeven dat de markt voor verpleeghuiszorg soms ruimer is dan de markt voor verzorgingshuiszorg⁷⁶.

- **GGZ:** binnen de geestelijke gezondheidszorg is de NMa uitgegaan van afzonderlijke productmarkten voor klinische en niet-klinische geestelijke gezondheidszorg⁷⁷. Of er afzonderlijke markten zijn te onderscheiden naar doelgroep, bijvoorbeeld een markt voor niet-klinische kinder- en jeugdpsychiatrie, is door de NMa in het midden gelaten. De geografische omvang van deze markten omvat de betreffende zorgkantorregio, tenzij het verzorgingsgebied van partijen van kleinere omvang is.

5.2 Criteria voor individuele AMM

5.2.1 Inleiding

Een positie van individuele AMM bestaat volgens artikel 47 Wmg als een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar zich onafhankelijk van zijn concurrenten, wederpartijen op de inkoopmarkt of consumenten kan gedragen en daarmee de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan kan belemmeren. Deze paragraaf beschrijft de belangrijkste criteria die relevant zijn voor de beoordeling of dit het geval is. Deze criteria zijn ontleend aan wijze waarop in het algemene Nederlandse en Europese mededingingsrecht wordt bepaald of er (een risico op het ontstaan van) een economische machtspositie is. Dit is in lijn met de MvT bij de Wmg en in overeenstemming met de wijze waarop de OPTA in de elektronische communicatiesector AMM beoordeelt⁷⁸.

De MvT bij de Wmg specificeert ten aanzien van het marktaandeel dat een partij met meer dan 55% geacht wordt AMM te hebben, dat het bij een marktaandeel tussen 40 en 55% aannemelijk is dat zij AMM heeft, maar daarbij de hieronder genoemde structurele factoren moeten worden meegewogen, evenals bij een marktaandeel tussen 25 en 40%, waar het bestaan van AMM nog mogelijk wordt geacht, terwijl het bij een marktaandeel lager dan 25% onwaarschijnlijk is dat een partij AMM zou kunnen hebben.⁷⁹

Behalve marktaandeel noemt de MvT de volgende structurele factoren die van belang kunnen zijn om te bepalen of een partij AMM heeft:

- relatief marktaandeel
- omvang en financieel vermogen van de marktpartij
- commerciële voordelen (zoals een breed assortiment of een bekend merk)
- technische voordelen
- aanbodfactoren (in feite toetredingsdrempels).

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld het besluit van 16 november 2005 in zaak 5186/Carint – Reggeland.

⁷⁷ Zie het besluit van 1 september 2004 in zaak 3865/Rijngeest – Robert Fleury.

⁷⁸ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PubEG 2002, C 165/03, punt 24.

⁷⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr 3, blz 19-20.

De Europese Commissie vond bij het bepalen van AMM in de elektronische communicatiesector onder meer de volgende factoren van belang⁸⁰:

- de totale omvang van de marktpartij
- controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur
- technologische voorsprong of superioriteit
- gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaal
- product of dienstendiversificatie (bijvoorbeeld bundeling)
- schaalvoordelen
- breedtevoordelen
- verticale integratie
- een sterk ontwikkeld distributie en verkoopnetwerk
- het ontbreken van potentiële concurrentie
- grenzen aan de expansie.

Deze opsomming van criteria is niet uitputtend. Zij is evenmin geordend naar een vaste volgorde van relevantie: vanwege de diversiteit van de zorgmarkten kan aan de verschillende factoren namelijk geen vast relatief gewicht toegekend worden. De lijst kan daarom niet worden beschouwd als een 'checklist'. Welke factoren vooral van belang zijn, moet van geval tot geval worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden op de relevante markt en van de ontwikkelingsfase waarin deze markt zich bevindt. Hieronder worden een aantal van deze criteria nader toegelicht.

5.2.2 Marktaandelen

Het marktaandeel van een partij op een relevante markt vormt een belangrijke eerste aanwijzing voor het bestaan van AMM. De MvT bij de Wmg hanteert de volgende uitgangspunten:

- **Marktaandeel van 55 % of meer:** de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar wordt geacht zich onafhankelijk van de andere marktpartijen te kunnen gedragen en dus AMM te hebben, tenzij de betreffende partij het tegendeel kan aantonen⁸¹.
- **Marktaandeel tussen de 40 % en 55 %:** het is aannemelijk dat de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar AMM heeft. Dit moet echter gestaafd worden door de andere hieronder genoemde factoren die betrekking hebben op marktstructuur en het gedrag van de verschillende marktpartijen.
- **Marktaandeel tussen de 25 % en 40 %:** de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar kan door een combinatie van bijkomende factoren AMM blijken te hebben. Dit vergt een analyse van de marktstructuur en het marktgedrag. De MvT verwijst hierbij ook

⁸⁰ Richtsnoeren AMM, para 78.

⁸¹ Nota bene: ten aanzien van inkoopmacht (zorgverzekeraars) is al in hoofdstuk 5 aangegeven dat de NZa van plan is hier slechts bij een marktaandeel hoger dan 70% en marktaandelen van de verschillende leveranciers lager dan 25% te overwegen om een onderzoek in te stellen. De reden hiervoor is dat inkoopmacht naar het oordeel van de NZa in het algemeen minder problematisch is dan verkoopmacht. Bovendien moet de NZa –prioriteiten stellen om haar beschikbare capaciteit zo doelmatig mogelijk te gebruiken.

naar marktmacht die samenhangt met het beheersen van de toegang tot bepaalde essentiële voorzieningen. Bijvoorbeeld waar het voor markttoetreding van cruciaal belang is om toegang te krijgen tot bepaalde technologie of databanken waarover de AMM-partij beschikt.

- **Het marktaandeel is minder dan 25 %:** in dit geval is het uiterst onwaarschijnlijk dat de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar zich onafhankelijk van de markt kan gedragen.

Waar mogelijk is het nuttig om de ontwikkeling van marktaandelen in de tijd te bekijken. Zo wijst een langdurig behoud van een groot marktaandeel (behoudens tegenbewijs) op marktmacht⁸², terwijl een sterk fluctuerend marktaandeel juist kan wijzen op het tegendeel.

Of onafhankelijk marktgedrag mogelijk is, wordt onder meer bepaald door de vraag of concurrenten het gedrag van de betreffende marktpartij kunnen disciplineren. Daarom zijn de marktaandelen van de andere partijen op de markt (relatief marktaandeel) eveneens van belang. Zijn deze een stuk kleiner en/of erg versnipperd, dan heeft de marktpartij die op AMM wordt doorgelicht een sterkere marktpositie dan wanneer een of meer andere partijen ongeveer even groot zijn als de grootste marktpartij.

Marktaandelen kunnen worden afgemeten op basis van volume of omzet (waarde). Vooral bij gereguleerde prijzen geeft het volume van zorg waarschijnlijk een reëler beeld van de marktpositie van de betrokken zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar dan omzet.

5.2.3 Totale omvang van de marktpartij

Het criterium totale omvang van de marktpartij heeft betrekking op de potentiële voordelen die kunnen voortvloeien uit de omvang van een marktpartij ten opzichte van haar concurrenten (en de duurzaamheid van deze voordelen). Deze kunnen de marktpartij niet alleen een voorsprong verschaffen op haar concurrenten, een dergelijke voorsprong kan ook een feitelijke toetredingsdrempel opwerpen. Deze voordelen betreffen bijvoorbeeld:

- **Schaalvoordelen:** deze doen zich voor als bij een hogere productie de gemiddelde kosten per eenheid product afnemen. Dit is bijvoorbeeld van belang waar het productieproces hoge vaste kosten kent, zoals in kapitaalintensieve ziekenhuiszorg. Schaalvergroting leidt verder tot lagere kosten per eenheid door een grotere specialisatie (en daardoor een hogere productiviteit) mogelijk te maken.
- **Technische voordelen:** bijvoorbeeld vergunningen, octrooien, knowhowlicenties en auteursrechten kunnen tot een voorsprong leiden. Dit geldt ook voor de controle over een netwerk of faciliteit waarvan de aanleg voor een concurrent (te) duur en/of tijdrovend zou zijn, zoals elektronische doorverwijssystemen die ziekenhuizen gebruiken bij hun contacten met eerstelijns zorgaanbieders uit hun regio. Dergelijke voordelen kunnen het gevolg zijn van de historische positie van de betreffende partij.
- **Financiële voordelen:** deze spelen een rol wanneer een zorgaanbieder of zorgverzekeraar onderdeel uitmaakt van een

⁸² Zie GvEA, Zaak T-139/98 AAMS et al. v Commissie, Jur. 2001, II-3413, overweging 51.

kapitaalkrachtige marktpartij en daardoor makkelijker kan investeren dan zijn concurrenten. Een kapitaalkrachtige marktpartij heeft ook gemakkelijker toegang tot kapitaalmarkten teneinde investeringen te financieren. Behalve door de omvang van de marktpartij kan de toegang tot kapitaal worden beïnvloed door eventuele banden met andere bedrijven die tot dezelfde groep behoren. In de zorgsector geldt dit wellicht voor zorgverzekeraars die deel uitmaken van eenzelfde groep als investeringsmaatschappijen.

- **Breedte- en portfoliovoordelen:** breedtevoordelen doen zich voor als de gemiddelde kosten voor één product dalen doordat het (door dezelfde marktpartij) samen met een ander product wordt geproduceerd ('economies of scope'). Kostenbesparingen kunnen volgen uit gemeenschappelijke processen. Portfoliovoordelen bestaan waar het aanbieden van een groot assortiment met aanverwante producten en diensten concurrentievoordeel biedt. Voor een klant kan het aantrekkelijk zijn meerdere producten bij één aanbieder af te nemen, met als gevolg dat de positie van concurrenten die niet in staat zijn hetzelfde assortiment diensten of producten aan te bieden verzwakt.

5.2.4 Toetredingsdrempels

Dit betreft de mate waarin toetreding tot de relevante markt wordt bemoeilijkt door bijvoorbeeld schaalvoordelen, investeringskosten, milieurestricties, beperkte beschikbaarheid van geschikte of goede locaties en wettelijke en technische belemmeringen.

Een partij met AMM kan blijvend zijn prijzen verhogen als zij niet bang hoeft te zijn dat een nieuwkomer tot de relevante markt toetreedt en voor prijsdruk zorgt. Als er nauwelijks toetredingsdrempels bestaan kan alleen al de dreiging van potentiële toetreding een houder van een sterke marktpositie er van weerhouden zijn prijzen zodanig te verhogen dat ze boven een concurrerend niveau liggen – zelfs als uiteindelijk geen daadwerkelijke toetreding plaats vindt. In dit geval bestaat er geen AMM zelfs al heeft de partij een hoog marktaandeel.

Om voldoende concurrentiedruk uit te oefenen moet worden aangetoond dat de toetreding:

- waarschijnlijk
- tijdig
- in voldoende mate.

zal plaatsvinden⁸³. Deze drie criteria worden hieronder afzonderlijk uitgewerkt.

(i) Waarschijnlijkheid van toetreding: toetreding op een markt moet worden gezien in het licht van prijssignalen en de potentiële winst. Er is een maximaal aantal leveranciers dat de markt efficiënt kan bedienen, daarboven is sprake van overcapaciteit. In sommige markten is plaats voor een relatief groot aantal partijen, andere markten zijn al met een klein aantal partijen voldoende bediend. Zo zullen in de thuiszorg in dunbevolkte gebieden waarschijnlijk slechts enkele partijen rendabel actief kunnen zijn. De afwezigheid van recente toetreding betekent dus niet altijd dat er sprake is van hoge en aanhoudende

⁸³ Richtsnoeren horizontale fusies, randnummer 68.

toetredingsdrempels, maar kan ook wijzen op een schrale of verzadigde markt.

Toetredingsdrempels kunnen strategisch of absoluut zijn:

- **Strategische drempels** zijn drempels die ontstaan door het gedrag van bestaande partijen, bijvoorbeeld het hanteren van te lage prijzen of langetermijncontracten.
- **Absolute toetredingsdrempels** zijn vaak historisch gegroeid. Het betreft bijvoorbeeld drempels doordat marktpartijen beschikken over voorzieningen of middelen waarover potentiële toetreders niet kunnen beschikken.

Toetredingsbelemmeringen kunnen zodanig structureel van aard zijn dat overheidsingrijpen noodzakelijk is. Waar dit ingrijpen buiten het bereik van de bevoegdheden van de NZa valt zal zij deze gevallen en de mogelijke oplossingen daarvoor bij de Minister signaleren. Een voorbeeld zijn structurele belemmeringen die het gevolg zijn van (zorgspecifieke) wet- en regelgeving.

Toetredingsdrempels zijn doorgaans hoger op langzaam groeiende markten waar van oudsher een AMM-partij aanwezig is. Nieuwe toetreders kunnen op een dergelijke markt alleen maar groeien door klanten van de dominante marktpartij over te nemen. De NZa neemt bij de beoordeling van toetredingsdrempels daarom het historisch perspectief mee.

(ii) Tijdige toetreding: om te beoordelen of toetreding tijdig is onderzoekt de NZa of deze snel en duurzaam genoeg zal zijn om de uitoefening van AMM te beletten. De duur van de voorzienbare tijd en de duurzaamheid hangt af van de karakteristieken van de betrokken markt en van de specifieke mogelijkheden van de (potentiële) toetreders. Doorgaans wordt alleen toetreding die binnen twee jaar plaatsvindt als tijdig beschouwd⁸⁴.

(iii) Significante invloed van de toetreding: ten slotte moet toetreding van voldoende omvang zijn om concurrentiedruk uit te kunnen oefenen. Toetreding op kleine schaal, bijvoorbeeld in bepaalde 'niche' markten (kleine deelmarkten, die niet de gehele relevante markt omvatten) zal niet voldoende worden geacht.

5.2.5 Overstapkosten voor afnemers / consumenten

Als bij een geringe of afnemende klanttevredenheid het aantal partijen dat van leverancier verandert relatief beperkt blijft, duidt dit op de mogelijke aanwezigheid van overstapdrempels. Overstapdrempels zijn bijvoorbeeld het gevolg van lang lopende contracten of een gebrek aan informatie bij de afnemer/consument over de producten of diensten van alternatieve aanbieders. Het bestaan van overstapdrempels voor afnemers/consumenten bemoeilijkt de toetreding en de kansen van concurrenten.

5.2.6 Compenserende inkoopmacht

Als (bepaalde) afnemers, zoals in de zorg verzekeraars, een sterke positie hebben in commerciële onderhandelingen met de (zorg)aanbieder, beperkt dit de mogelijkheid van deze aanbieder om zich

⁸⁴ Richtsnoeren horizontale fusies, randnummer 74.

onafhankelijk te gedragen. Inkoopmacht kan gebaseerd zijn op de omvang van de afnemer, zijn commerciële betekenis voor de leverancier en het vermogen om over te stappen naar op andere (potentiële) leveranciers, dan wel zelf stroomopwaarts tot de markt toe te treden (de vroegere afnemer wordt dan concurrent).

Inkoopmacht kan worden uitgeoefend door één afnemer alleen of door meerdere afnemers gezamenlijk. Een voorbeeld van het laatste zijn de zorgkantoren die AWBZ zorg in te kopen. Een leverancier die zich niet onafhankelijk kan gedragen van één sterke afnemer kan zich wellicht nog wel onafhankelijk gedragen ten opzichte van zijn overige andere afnemers. De gunstige voorwaarden die de sterke afnemer voor zichzelf afdwingt hoeven immers niet per definitie ook aan de andere afnemers aangeboden te worden. Daarom is het van belang om te bepalen of een significant deel van de afnemers invloed kan uitoefenen op de positie van de leverancier.

Hoe groter het aandeel is dat een aanschaf uitmaakt van de totale kosten van de afnemer, hoe groter zijn prikkel om scherp te onderhandelen. Daarom moet gekeken worden of afnemers voldoende prikkels hebben om hun afnemersmacht daadwerkelijk te gebruiken.

5.3 Criteria voor een gezamenlijke AMM

De structuur van sommige markten is zodanig dat partijen ervoor kiezen duurzaam één front te vormen om daardoor tegen hogere prijzen te kunnen verkopen of concurrenten uit te sluiten. In een dergelijke situatie ontbreekt daadwerkelijke concurrentie tussen de marktpartijen en is sprake van gezamenlijke AMM.⁸⁵ Artikel 48 Wmg spreekt daarom over 'een of meer zorgaanbieders of een of meer ziektekostenverzekeraars die alleen dan wel gezamenlijk beschikt onderscheidenlijk beschikken over AMM'. Bij de beoordeling of sprake is van gezamenlijke AMM sluit de NZa aan bij de Europese mededingingspraktijk ten aanzien van gezamenlijke machtspositie (ook wel collectieve machtspositie of dominant oligopolie genoemd).

De Europese jurisprudentie op dit front is nog in ontwikkeling⁸⁶. Belangrijkste uitgangspunten zijn de voorwaarden die zijn uiteengezet in de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG (hierna: GEA) in de fusiezaak Airtours⁸⁷. In Airtours wordt een collectieve machtspositie gedefinieerd als een situatie waarin het voor marktpartijen in economisch opzicht rationeel en verkieslijk is om een permanent, gezamenlijk beleid op de markt te volgen met het doel om verkoopprijzen te hanteren die boven het competitieve niveau liggen. In deze zaak formuleerde het GEA de drie noodzakelijke voorwaarden voor een collectieve machtspositie:

- **Transparantie:** elk lid van de dominante oligopolie moet de mogelijkheid hebben om te weten hoe de overige leden zich gedragen, teneinde na te gaan of zij de gezamenlijke strategie volgen. Voor voldoende transparantie is het derhalve noodzakelijk dat alle marktpartijen in de oligopolie voldoende nauwkeurig en

⁸⁵ Gezamenlijke AMM moet onderscheiden worden van illegale vormen van samenwerking die onder het kartelverbod van artikel 6 Mw vallen zoals het kartel dat berust op expliciete onderlinge afspraken en een handhavingsmechanisme en de feitelijk onderling afgestemde gedraging. Het belangrijkste onderscheid is dat kartels niet het bestaan van een machtspositie (AMM) vooronderstellen. Verder is alleen de NMa, niet de NZa bevoegd ten aanzien van kartels.

⁸⁶ HvJEG, Gevoegde Zaken C-395 en C-396/96P *Compagnie Maritime Belge v Commissie*, Jur. 2000, I-1365; GvEA, Zaak T-342/99 *Airtours v Commissie*, Jur. 2002, 2585; GvEA, Zaak T-103/96 *Gencor v Commissie*, Jur. 1999, II-753.

⁸⁷ GvEA, Zaak T-342/99 *Airtours v Commissie*, Jur. 2002, 2585.

snel op de hoogte zijn van de wijze waarop het marktgedrag van de overige marktpartijen zich ontwikkelt.

- **Duurzaamheid / handhavingsmechanisme:** elke (stilzwijgende) coördinatie moet in de loop der tijd duurzaam zijn. Hierin ligt het standpunt besloten dat enige vorm van vergeldings- of handhavingsmechanisme noodzakelijk is, zodat een marktpartij die van de gecoördineerde gedragingen afwijkt, te maken krijgt met concurrerende reacties (niet noodzakelijkerwijze uitsluitend gericht tegen de van de gecoördineerde gedragingen afwijkende partij) van andere partijen.
- **Toetredingsdrempels:** het is noodzakelijk dat de resultaten die van het gezamenlijke beleid worden verwacht, niet worden ondermijnd door bestaande en toekomstige concurrenten of door klanten. In dit verband is het met name relevant of er niet-coördinerende concurrenten zijn en of zij in staat zijn om tegenwicht te bieden aan een collectieve machtspositie. Een belangrijk criterium dat in dit verband in aanmerking dient te worden genomen, is het bestaan van hoge drempels voor toetreding.

Uit de Europese jurisprudentie, de literatuur en de beschikkingenpraktijk van de NMa en de OPTA is er een aantal marktkenmerken te destilleren die gezamenlijke AMM faciliteren⁸⁸. Dit zijn met name: (i) een hoge concentratiegraad, (ii) een transparante markt, (iii) een homogeen product, (iv) symmetrie tussen de grote partijen (marktaandeel en kostenstructuur), (v) hoge toetredingsdrempels, (vi) een verzadigde markt, (vii) en meervoudige onderlinge relaties tussen de belangrijkste marktpartijen. Deze opsomming is niet limitatief en is niet gerangschikt naar relevantie: het relatieve belang van deze factoren moet per geval worden beoordeeld. Op een markt die een aantal van deze kenmerken heeft, moet wel worden onderzocht of marktpartijen een sterke neiging tot coördinatie in plaats van concurrentie hebben. Hieronder worden de genoemde criteria kort toegelicht.

- **Hoge concentratiegraad:** voor gezamenlijke marktmacht is een hoge concentratiegraad van grote invloed. Grote gezamenlijke marktaandelen maken (stilzwijgende) afstemming van gedrag effectiever en aantrekkelijker. Bovendien is afstemming tussen een klein aantal partijen eenvoudiger.
- **Transparante markt:** op transparante markten waar informatie over prijzen, volumes en gedrag van concurrenten eenvoudig te verkrijgen is, kan commercieel beleid relatief eenvoudig op het gedrag van concurrenten worden afgestemd.
- **Homogeen product:** afstemming van commercieel gedrag is eenvoudiger als het product dat op de relevante markt wordt verkocht homogeen is. Bij gedifferentieerde producten is het (stilzwijgend) afstemmen van prijsbeleid moeilijker omdat verschillen in kwaliteit (zoals kenmerken van product, serviceniveau) zich veelal zullen vertalen in prijsverschillen. De

⁸⁸ Zie de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03), d.d. 11 juli 2002, para 86 e.v. Zie bijvoorbeeld ook de besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 10 januari 2001 en 6 augustus 2001 in zaak 2184/Air Products – AGA en van 11 september 2003 en 8 december 2003 in zaak 3368/Nuon – Reliant.

mogelijkheid tot (prijs)vergelijking en hierop volgend afstemming van het gedrag is daarom kleiner dan bij homogene producten.

- **Symmetrie tussen de grote partijen:** met name wat betreft marktaandeel en kostenstructuur betreft is symmetrie tussen marktpartijen relevant. Symmetrie in kostenstructuur leidt ertoe dat marktpartijen een beter beeld hebben van elkaars kosten en daarmee van het collectief gewenste prijsniveau. Als daarnaast ook de marktaandelen vergelijkbaar zijn, kunnen de betreffende marktpartijen ongeveer even grote voordelen behalen door (stilzwijgende) gedragsafstemming. De combinatie van deze twee omstandigheden maakt het waarschijnlijker dat stilzwijgende afstemming van gedrag zich zal voordoen.
- **Hoge toetredingsdrempels:** hier wordt verwezen naar de toelichting die wordt gegeven in paragraaf 5.2.4. over toetredingsdrempels bij individuele AMM.
- **Verzadigde markt:** stagnerende of matig groeiende markten gaan gepaard met een afnemend aantal marktpartijen, geringe toetreding en (als gevolg van dalende rendementen en een krimpend afzetpotentieel) een groter risico op onderlinge gedragsafstemming.
- **Meervoudige onderlinge relaties tussen de belangrijkste partijen:** het bestaan van allerlei verbanden tussen de grootste partijen op een sterk geconcentreerde markt kan de onderlinge afstemming van gedrag bevorderen. Regelmatig contact tussen de belangrijkste marktpartijen en onderlinge afhankelijkheid op meerdere fronten zijn een middel om (stilzwijgende) afstemming van marktgedrag af te dwingen of te handhaven. Ten slotte maakt (waar dit zich voordoet) gezamenlijke controle over productie investeringsbeslissingen ten aanzien van nieuwe productiecapaciteit direct afhankelijk van de beslissingen van concurrent/partner. (Zie paragraaf 4.5.4. aangaande inkoopmacht.)

Het is duidelijk dat ten aanzien van gezamenlijke AMM een hogere bewijslast geldt dan ten aanzien van gewone AMM. De NZa zal dan ook navenant terughoudend zijn ten aanzien van het onderzoeken van meldingen van gezamenlijke AMM.

5.4 Overzicht van mededingingsproblemen

5.4.1 Reden om in te gaan op mededingingsproblemen

De rol die mededingingsproblemen spelen in de context van AMM is niet eenduidig. Enerzijds is het om verplichtingen aan AMM-partijen op te kunnen leggen per definitie niet noodzakelijk het bestaan van een specifiek misbruik formeel te bewijzen (zoals voor een ex post zaak op basis van het algemene mededingingsrecht op basis van artikel 24 Mw of artikel 82 EG-Verdrag wel noodzakelijk is). Het doel van ex ante AMM-toezicht is immers juist om mededingingsproblemen te voorkomen en daarmee uiteindelijk daadwerkelijke concurrentie te bevorderen, niet om achteraf bepaalde overtredingen te bestraffen.

Anderzijds vereist een proportioneel AMM optreden dat de verplichtingen die de NZa oplegt passend zijn, dus in verhouding staan tot de (verwachte) problemen die zij adresseren. Niet alle denkbare mededingingsproblemen zullen zich in verschillende AMM-situaties met evenveel zekerheid voordoen. Daarom is het noodzakelijk om te weten welke problemen in het specifieke geval het meest waarschijnlijk zijn en

voorkomen moeten worden om een zo licht mogelijk effectief (dus: passend) middel in te kunnen zetten. Dit vereist ten minste een analyse van (de kans dat) potentiële mededingingsproblemen (zich zullen voordoen), ook al leidt dit niet tot een formele vaststelling van bestaand misbruik. Een dergelijke analyse is overigens ook nodig om prioriteiten te kunnen stellen.

Tenslotte verlangt ook de rechter dat een toezichthouder alvorens hij AMM oplegt ingaat op de *mogelijkheden en prikkels* die de AMM-partij heeft om de mededinging te beperken, en op de verwachte maatschappelijke gevolgen daarvan.⁸⁹ Dit betekent natuurlijk niet dat feitelijk een formele misbruiktoets wordt opgelegd: het gaat erom aannemelijk te maken dat mededingingsproblemen (kunnen) ontstaan en ook zullen leiden tot negatieve gevolgen voor de consument. Aangezien het optreden van de NZa dient om mededingingsproblemen te voorkomen of op te lossen ten behoeve van het algemene consumentenbelang, is het ook logisch dat haar AMM optreden ook in deze termen wordt uitgelegd.

Voordat de NZa overgaat tot het opleggen van AMM-verplichtingen worden opgelegd zal zij dus ingaan op

- (i) de verwachte mededingingsproblemen
- (ii) de vraag waarom deze per saldo ook voor het consumentenbelang nadelige gevolgen (kunnen) hebben.

Ten aanzien van de gevolgen voor de consument toetst de NZa op de drie publieke belangen toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid, die de concretisering vormen van het algemene consumentenbelang. Hierbij wordt ingegaan op korte en langere termijn (zie ook hoofdstuk 3.2).

Voor een inschatting van deze effecten en gevolgen kan allereerst onderscheid gemaakt worden naar verschillende vormen van AMM. Het risico op bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen is namelijk anders bij verschillende vormen van AMM. Door hier op in te gaan, wordt voorkomen dat bij het constateren van AMM alle denkbare mededingingsbeperkende gedragingen met het opleggen van een verplichting worden bestreden, in plaats van alleen de meest relevante (potentiële) mededingingsbeperkende gedragingen.

De NZa beantwoordt hierbij drie vragen:

- van wat voor vorm van AMM is er sprake?
- welk mededingingsbeperkende gedrag bij deze vorm van AMM waarschijnlijk?
- welke verplichtingen zijn passend (proportioneel) om daartegen te worden ingezet?

De eerste twee van deze vragen komen in dit hoofdstuk aan de orde. De proportionaliteitstoets wordt uitgebreid behandeld in hoofdstuk 6.

5.4.2 Typen AMM

Zoals al eerder genoemd volgt de definitie van AMM in artikel 47 Wmg de algemene mededingingspraktijk door te stellen dat dit een positie is van een of meer partijen die alleen, dan wel gezamenlijk, de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie kunnen belemmeren door de

⁸⁹ CBB, AWB 05/903 en 05/921 tot en met 05/931, uitspraak van 29 augustus 2006.

mogelijkheid zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van zijn of hun concurrenten, leveranciers of consumenten.

Er zijn verschillende manieren om de mededingingsproblemen die in het (algemene en specifieke) mededingingsrecht worden onderscheiden per type AMM te categoriseren. In de context van de elektronische communicatie is bijvoorbeeld op basis van verschillende typen AMM-posities de volgende indeling in vier categorieën voorgesteld, van mededingingsproblemen samenhangend met:

- verticale hefboomwerking van AMM
- horizontale hefboomwerking van AMM
- gewone AMM (in zelfde markt als waar effecten zich voordoen)
- het afwikkelen van verkeer (AMM met 100% marktaandeel per netwerk)⁹⁰.

Deze vierdeling zou naar analogie als volgt op de zorg kunnen worden toegepast:

- **Verticale hefboomwerking:** dit betreft het overhevelen van marktmacht van een markt waar AMM bestaat naar een boven of beneden gelegen markt. De zorg kent de productiekolom van preventie-diagnose-behandeling-revalidatie en de nog bredere kolom van verzekering-zorg. Voorbeelden van verticale relaties binnen de zorg zijn: eerste- versus tweedelijnszorg (huisartsen in dienst van ziekenhuis in nieuwbouwwijk in Utrecht, oorspronkelijk ten behoeve van epidemiologisch onderzoek), ziekenhuiszorg en verpleeghuiszorg, verpleeghuiszorg en wonen (woningcorporaties met verpleeghuizen), zorg en verzekeringen (plattelandshuisartsen in dienst van verzekeraar, keuringsartsen) en zorgverzekeringen met verzuim- en WAO- verzekeringen.
- **Horizontale hefboomwerking:** dit betreft het overhevelen van marktmacht van een markt naar een andere markt dan een boven of beneden gelegen markt. Voorbeelden van dergelijke multimarkt contacten zijn verzekeraars en apotheekketens, thuiszorgketens met zorgkantoren.
- **Gewone AMM:** behoeft in dit kader geen toelichting.
- **Afwikkelen van verkeer:** dit kan bijvoorbeeld worden opgevat als misbruik van doorverwijzen (huisarts-ziekenhuis, ziekenhuis-verpleeghuis, woningcorporatie-verpleeghuis, huisarts-apotheker), maar lijkt toch een verbijzondering van verticale en/of horizontale integratie.

Hoewel deze categorisering dus ook op de zorg toegepast kan worden – en problemen als horizontale en verticale integratie en poortwachtersfuncties bij doorverwijzen binnen zorgketens in toekomstige AMM-beleidsregels zullen worden uitgewerkt – is zij als algemeen ordeningsprincipe voor AMM-prioriteiten minder relevant voor de driehoeksverhouding tussen inkoop- dienstverlening- en verzekeringsmarkten die de zorg kenmerkt. In plaats daarvan kiest de NZa dan ook voor een andere algemenere benadering van AMM en de daaraan verbonden (potentiële) mededingingsproblemen, namelijk door deze in eerste instantie te kenschetsen als hetzij een probleem van inkoopmacht hetzij van verkoopmacht.

⁹⁰ ERG Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, (European Regulators Group 2003).

- **Inkoopmacht:** zoals eerder (in hoofdstuk 4) is uiteengezet, moet inkoopmacht in de zorg in het algemeen als minder problematisch worden beschouwd dan verkoopmacht. Als de zorgverzekeringsmarkt zelf voldoende concurrerend is, is AMM van zorgverzekeraars op de markten waarop zij inkopen daarom geen prioriteit.
- **Verkoopmacht:** verkoopmacht is, vooral aan de kant van de zorgaanbieders, een ernstiger probleem. Dit geldt zowel uitsluiting van concurrenten (bijvoorbeeld door roofprijzen of het afdwingen van exclusiviteitsbedingen bij zorgverzekeraars), als uitbuiting van klanten (zorgverzekeraars en zorginkoopkantoren) en daarmee uiteindelijk de consument. Ook het inzetten van AMM op gereguleerde markten als hefboom om de toetreding van derden tot geliberaliseerde markten te bestrijden is bijzonder schadelijk.

Vervolgens is de mate van **verticale integratie** relevant, te weten de integratie van verschillende lagen (van markten) binnen de bedrijfskolom. Hierbij kan gedacht worden aan integratie van ziekenhuizen, verpleeghuizen en thuiszorg binnen één marktpartij. Ook horizontale integratie over verschillende product- en/of geografische markten kan problemen opleveren, bijvoorbeeld door bundeling van producten die voor concurrenten niet repliceerbaar is.

Consultatievraag 6: bent u het eens met de primaire categorisering in inkoopmacht en verkoopmacht, met als secundaire variabele horizontale en/of verticale integratie?

5.4.3 Categorisering van mededingingsproblemen

Op basis van de ervaring opgedaan in het algemene mededingingsrecht kunnen allerlei gedragingen van partijen met een machtspositie (of AMM) die leiden tot mededingingsproblemen (vormen van misbruikelijk gedrag) opgesomd worden, zoals bijvoorbeeld: leveringsweigering, koppelverkoop, getrouwheidskortingen, roofprijzen, excessieve prijzen en wurgprijzen, discriminatie op prijs en kwaliteit, excessieve kosten, te lage kwaliteit en te lage investeringen, vertragingstactieken, strategische productontwerpen en onredelijke contractuele voorwaarden om de overstapkosten van consumenten te verhogen, het onthouden van informatie aan en misbruik van informatie over concurrenten en het opdrijven van de kosten van concurrenten.

Al naar gelang van de gebruikte bron kunnen meer of minder mogelijke relevante mededingingsproblemen worden geïdentificeerd. Het heeft daarom weinig zin om hier naar volledigheid te streven. De NZa wil wel een overzicht ontwikkelen dat het mogelijk maakt ten aanzien van de verschillende misbruiken die zich zouden kunnen voordoen te bepalen wat de relatieve risico's daarop zijn en prioriteiten te stellen. Hiertoe is het nuttig om de mededingingsproblemen te categoriseren.

Hiertoe wordt aangesloten bij de meest algemene categorisering zoals die onder meer wordt gehanteerd door de Europese Commissie⁹¹. Deze is gebaseerd op een onderscheid in de (al dan niet beoogde) effecten van de betreffende gedragingen tussen:

- uitsluiting ('foreclosure') van concurrenten

⁹¹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses, (Brussel, december 2005).

- uitbuiting ('exploitation') van afnemers of (uiteindelijk) consumenten.

Hierover is in hoofdstuk 4 al het nodige gezegd. Daarom wordt op beide categorieën mededingsproblemen hieronder slechts kort ingegaan.

- **Uitsluiting:** heeft betrekking op gedrag dat er toe leidt dat (efficiënte) concurrenten er niet in slagen zich op de markt te handhaven en is uiteindelijk in het nadeel van consumenten⁹². In een tweede fase kunnen immers afnemers of consumenten door de AMM-partij worden uitgebuit. Gedrag dat tot uitsluiting kan leiden is onder andere:
 - leveringsweigering (inbegrepen toegangsweigering; exclusiviteitsbedingen en koppelverkoop);
 - prijsmisbruiken (rooiprijzen (bijvoorbeeld door middel van kruissubsidiëring); wurgprijzen; prijsdiscriminatie; getrouwheidskortingen);
 - overige gedragingen, zoals het opdrijven van de kosten van een concurrent (bijvoorbeeld het misbruik van rechtsgangen en van octrooirecht).
- **Uitbuiting:** heeft betrekking op gedrag dat niet gericht is op het ondermijnen van concurrenten, maar op het uitbuiten van consumenten. Hierdoor treedt een welvaartsvermindering op. Het betreft met name het opleggen van excessieve prijzen, te lage kwaliteit⁹³, het beperken van de productie, het beperken of tegenhouden van technische ontwikkelingen en andere oneerlijke handelsvoorwaarden. Uitbuiting kan worden vertaald in termen van negatieve gevolgen voor toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit.

AMM kan dus bestaan uit inkoopmacht, verkoopmacht of een combinatie van beiden en kan leiden tot uitsluiting, uitbuiting of een combinatie van beide. Daarom wordt hier eerst per type AMM (inkoopmacht of verkoopmacht) besproken welke gedraging het meest waarschijnlijk is (uitbuiting of uitsluiting). Daarna wordt gekeken welke specifieke vormen van uitbuiting of uitsluiting het meest waarschijnlijk zijn.

5.4.4 Inkoopmacht

Inkoopmacht betreft marktmacht aan de inkoopzijde van een markt, dus de positie van een afnemer ten opzichte van zijn leveranciers.⁹⁴ Hoge marktaandeelen op de zorginkoopmarkt leiden niet per definitie tot inkoopmacht leiden: het is immers mogelijk dat tegenover de machtige inkoper eveneens een machtige verkoper staat die in staat is voldoende tegenwicht te bieden. Omgekeerd kan bij het bestaan van verkoopmacht juist enige mate van compenserende inkoopmacht wenselijk zijn om de markt in balans te houden.

⁹² HvJEG, Zaak 85/76 Hoffman-La Roche v Commissie, Jur. 1979, 461, para 91: 'onder de in objectieve zin verstande term misbruik vallen gedragingen van een dominerende onderneming welke: (a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging al verflauwde; (b) er toe leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan'.

⁹³ Een te lage kwaliteit kan overigens voorgesteld worden als een te hoge prijs. De consument krijgt immers in beide gevallen 'te weinig' waar voor zijn geld.

⁹⁴ NMa visiedocument inkoopmacht.

Als de achterliggende zorgverzekeringsmarkt concurrerend is zullen de gevolgen van inkoopmacht via lagere prijzen of betere voorwaarden aan consumenten worden doorgegeven. Maar inkoopmacht kan ook leiden tot een vermindering van de mededinging – zoals wanneer zorgverzekeraars met inkoopmacht exclusieve overeenkomsten afsluiten met essentiële zorgaanbieders in een bepaalde regio zodat de concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt en daarmee de keuzemogelijkheden van consumenten worden beperkt.

AMM aan de inkoopzijde is dus problematisch als aan leveranciers bepaalde voorwaarden kunnen worden opgelegd die ertoe leiden dat de partij met inkoopmacht op de achterliggende zorgverzekeringsmarkt ook verkoopmacht krijgt, met uitsluiting of uitbuiting als gevolg. Hierbij kan gedacht worden aan een voorwaarde dat de zorgaanbieder niet aan concurrenten levert. Als concurrerende zorgverzekeraars geen alternatieven hebben (het gaat dan bijvoorbeeld om exclusieve overeenkomsten met essentiële zorgaanbieders binnen een bepaalde regio), heeft dit hun uitsluiting tot gevolg. Ook inkoopcombinaties (zoals gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars) kunnen tot (gezamenlijke) AMM leiden en mededingingsbeperkende gevolgen hebben.

Veel klachten over inkoopmacht zullen betrekking hebben op 'uitbuiting' van leveranciers, door het afdwingen van lage prijzen. Bij voldoende concurrentie tussen de verschillende zorgverzekeraars op de zorgverzekeringsmarkt zullen deze voordelen echter worden doorgegeven aan de consument en zal ook de kwaliteit van de geleverde zorg onderdeel uitmaken van de concurrentie tussen de zorgverzekeraars. Er is dan dus geen aanleiding voor de NZa om in te grijpen. Verschraving van het aanbod kan verder worden tegengegaan door het bevorderen van transparantie over kwaliteit, zodat consumenten ook ten aanzien van dit aspect (dus niet alleen op prijs) hun keuzes kunnen bepalen. Tenslotte hebben consumenten het recht op keuzevrijheid ten aanzien van hun zorgaanbieder, inclusief een vergoeding op een niveau dat uitoefening van deze keuzevrijheid niet blokkeert.

Inkoopmacht is grofweg in te delen in inkoopmacht van één partij of door een inkoopcombinatie. Daarnaast is van belang of sprake is van verticale integratie.

(i) Inkoopmacht bij één marktpartij: Als één partij over inkoopmacht beschikt, maar niet over verkoopmacht, leidt dit niet direct tot uitbuiting van consumenten: de voordelen worden dan doorgegeven. Het is wel mogelijk dat de inkoopmacht eerst tot uitsluiting van concurrenten leidt en wanneer dit succesvol is, mogelijk daarna tot uitbuiting van consumenten: *'Zoals bij concentraties is betoogd, is wel relevant wat de positie van de (machtige) inkoper op de downstream-markt is. Gesteld is dat een machtige inkoper ook als machtige verkoper eventuele afgedwongen voordelen niet ten behoeve van de consument hoeft in te zetten. Dit zal vooral het geval zijn als de onderneming zijn positie op de downstream-markt tracht te beschermen door eventuele toetreders toegang tot leveranciers te verhinderen. In het algemeen gesproken zal een dergelijke onderneming dus vooral misbruik plegen door 'uitsluiting' van potentiële concurrenten op de downstream-markt via de upstream-markt.'*⁹⁵.

⁹⁵ NMa visiedocument inkoopmacht, randnummer 86, blzp. 24. (Onderstreping toegevoegd).

(ii) Inkoopcombinaties: Inkoopcombinaties zijn grofweg in te delen in twee vormen. Een 'open' vorm en een 'gesloten' vorm:

- Bij een open vorm is het voor iedere marktpartij in principe mogelijk toe te treden (op basis van non-discriminatoire voorwaarden) tot de inkoopcombinatie. Als een inkoopcombinatie open is, is het niet waarschijnlijk dat dit tot uitsluiting van concurrenten leidt. Zij zijn immers in staat om ook toe te treden tot de inkoopcombinatie. Mogelijkerwijs kunnen er wel coördinatie-effecten optreden binnen de inkoopcombinatie, waardoor de concurrentie op de downstream-markt wordt verminderd, hetgeen weer uitbuiting van consumenten tot gevolg kan hebben. Dit is dan een geval van (gezamenlijke) verkoopmacht, waarbij de onderlinge relaties de onderlinge afstemming van gedrag bevorderen (zie paragraaf 5.3).
- Bij de gesloten vorm is toetreding niet vrij en als deelname unieke concurrentievoordelen biedt, waarvan alleen de deelnemers kunnen profiteren, is het daarom mogelijk dat uitsluiting optreedt. Uitsluiten van concurrenten is mogelijk, omdat deze niet aan de inkoopcombinatie deel kunnen nemen. Evenals bij open inkoopcombinatie is uitbuiting van consumenten mogelijk als de inkoopcombinatie tot coördinatie-effecten op de consumentenmarkt leidt. Vanwege het grotere risico op uitsluiting ten gevolgen van gesloten inkoopcombinaties is overigens ook het risico op uitbuiting groter dan bij open inkoopcombinaties.

(iii) Verticaal geïntegreerde marktpartijen: Een bijzonder geval van (mogelijke) uitsluiting bij inkoopmacht doet zich voor bij verticale integratie. Een partij met inkoopmacht die verticaal is geïntegreerd met één van haar leveranciers kan derden van levering uitsluiten door alleen intern te leveren. In de zorgsector kan dit risico zich voordoen bij ketenvorming (bijvoorbeeld in de care)⁹⁶. Dit kan plaatsvinden middels (impliciete/expliciete) exclusiviteitsovereenkomsten, prijsdiscriminatie⁹⁷ of leveringsweigering. Hier tegenover staat dat verticale integratie – ketenzorg – in beginsel ook belangrijke efficiencyvoordelen met zich mee kan brengen. De NZa zal bij de verdere uitwerking van het AMM-instrument in beleidslijnen dan ook extra aandacht besteden aan deze belangentegenstelling.

Samenvatting: de problemen die zich kunnen voordoen als gevolg van inkoopmacht worden hieronder kort samengevat:

- *Eén marktpartij:* uitsluiting door middel van gedragingen die gericht zijn op het onmogelijk maken van andere partijen om in te kopen dan wel gericht zijn op het verhogen van de kosten voor deze partijen ('raising rivals' costs')⁹⁸. Bijvoorbeeld exclusiviteitsbedingen, laagste prijsgaranties en het afdwingen van prijsdiscriminatie bij de leverancier.
- Inkoopcombinatie:
 - Open inkoopcombinatie: uitsluiting is niet waarschijnlijk, omdat concurrenten kunnen toetreden (coördinatie-effecten die tot uitbuiting kunnen leiden als er gezamenlijk verkoopmacht uitgeoefend kan worden, vallen onder verkoopmacht).

⁹⁶ Zie bijvoorbeeld besluit van de NMa in Zaak 5206/ Pantijn-STBNO, 27 juli 2006.

⁹⁷ Waarbij het moederbedrijf normale prijzen in rekening kan brengen, terwijl van de overige partijen buitensporig lage prijzen worden verlangd.

⁹⁸ De partij met inkoopmacht dwingt leveranciers om niet (meer) aan anderen te leveren, door exclusiviteitsbedingen of prijsdiscriminatie.

- Gesloten inkoopcombinatie: uitsluiting
- Verticaal geïntegreerde bedrijven: uitsluiting.

Voorbeeld: inkoopcombinatie (uit NMa visiedocument inkoopmacht)

In de zaak *Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ* stelde de NMa vast dat de inkoopsamenwerking (hierna: het samenwerkingsverband) zou leiden tot een economische machtspositie op de regionale markten voor inkoop van extramurale zorg in de zuidelijke regio's. Het samenwerkingsverband heeft gemiddeld een marktaandeel van ongeveer 94,3%. Op deze regionale markten zijn geen alternatieve dan wel gelijkwaardige afnemers actief. De betrokken partijen werken binnen het samenwerkingsverband op structurele basis samen. Tevens is sprake van een aanbodstructuur die bestaat uit vele aanbieders en die om die reden in beginsel competitief is. De sterke marktpositie van het samenwerkingsverband kan mede ten gevolge hebben dat het samenwerkingsverband bij machte is om de zorginkoop door (potentiële) concurrenten te belemmeren of zelfs in het geheel te verhinderen door middel van uitbuiting van de sterke marktpositie. De sterke marktpositie aan de inkoopzijde kan dus de marktpositie aan de verkoopzijde van de samenwerkende partijen tegen effectieve concurrentie beschermen.

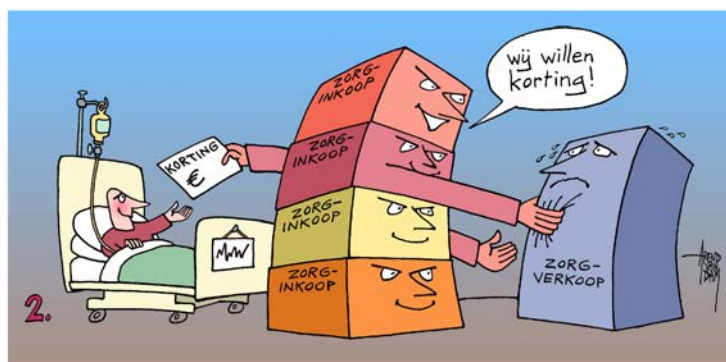
Visie NMa:

Hoewel samenwerkingsverbanden op het gebied van gezamenlijke inkoop in het algemeen economische voordelen ten gevolge kunnen hebben, omdat gezamenlijke inkoop doorgaans tot een verlaging van de tarieven c.q. inkooprijzen kan leiden door verhoogde onderhandelingskracht, was door betrokken partijen in de zaak *Inkoopsamenwerkingsovereenkomst Ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ* evenwel niet voldoende aangetoond dat deze mogelijke voordelen aantoonbaar aanwezig waren.

Daarnaast werd vastgesteld dat van voldoende restconcurrentie geen sprake was. De betrokken partijen verkregen op de regionale markten voor inkoop van extramurale zorg en hulpmiddelen met aanpassing inkoopmacht en daarmee de mogelijkheid om voor een wezenlijk deel van de betrokken diensten de mededinging uit te schakelen. Er was geen (effectieve) restconcurrentie, aangezien zij over marktaandelen van gemiddeld meer dan 90% beschikten, zonder dat de negatieve effecten hiervan verminderen door de aanwezigheid van andere gelijkwaardige afnemers en aanbieders. Feitelijk ontstond er op deze regionale markten een marktstructuur waarbij slechts één vrager actief zou zijn.



verkoopmacht...



...en compenserende inkoopmacht

5.4.5 Verkoopmacht

Verkoopmacht is het vermogen om de verkoopprijs duurzaam en winstgevend boven het competitieve niveau te zetten, zonder dat dit toetreding (of uitbreiding van het marktaandeel) van concurrenten uitlokt⁹⁹.

- **Uitbuiting:** verkoopmacht leidt dus potentieel tot uitbuiting van consumenten door middel van excessieve prijzen. Het uitoefenen van (prijs)discriminatie op consumenten kan eveneens leiden tot uitbuiting leiden¹⁰⁰. Ook koppelverkoop, waarbij de AMM-partij op meerdere markten actief is en marktmacht van de ene markt overhevelt naar een andere markt, is een manier om (tweedegraads) prijsdiscriminatie te realiseren en moet daarom ook als mogelijke vorm van uitbuiting bekeken worden¹⁰¹.
- **Uitsluiting:** verkoopmacht kan echter ook leiden tot uitsluiting. Een partij met verkoopmacht kan door middel van roofprijzen concurrenten van de markt verdrijven (waarna de prijzen kunnen worden verhoogd) of door middel van getrouwheidskortingen toetreding belemmeren. Ook met koppelverkoop kunnen concurrenten worden uitgesloten.

Verkoopmacht kan dus zowel uitbuiting als uitsluiting tot gevolg hebben. Bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen (zoals koppelverkoop) kunnen zich alleen voordoen als de AMM-partij op meerdere markten

⁹⁹ Dit is grofweg de definitie die gebruikt wordt voor het vaststellen van de relevante markt op basis van de SSNIP-test.

¹⁰⁰ Als de verkopende partij niet over AMM beschikt, is het niet mogelijk om te discrimineren. Consumenten zijn immers in staat naar een directe concurrent te gaan die niet aan prijsdiscriminatie doet.

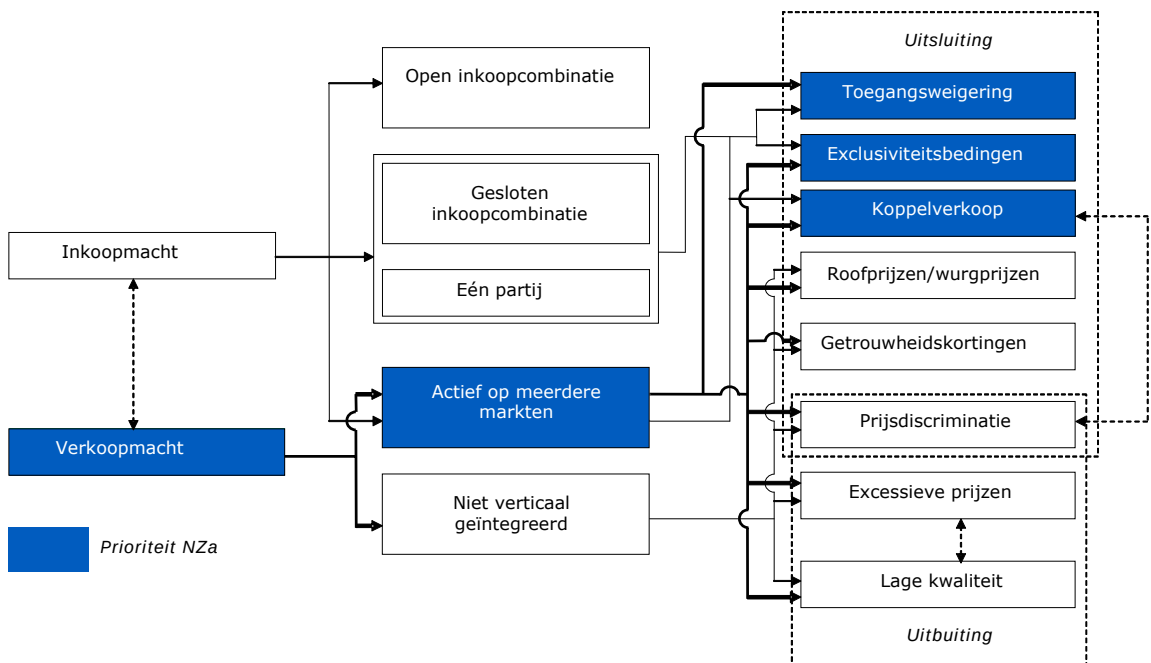
¹⁰¹ Tweedegraads prijsdiscriminatie scheidt verschillende consumentengroepen van elkaar door het aanbieden van verschillende productbundels (zelf selectie). Deze bundels kunnen bestaan uit verschillende producten of verschillende hoeveelheden.

actief is. Bovendien kan bij verkoopmacht waar sprake is van een verticaal geïntegreerde marktpartij de directe concurrentie stroomafwaarts beperkt worden.

Samenvatting: de problemen die zich kunnen voordoen als gevolg van verkoopmacht worden als volgt samengevat:

- Actief op één markt:
 - Uitbuiting: dit kan zich voordoen in de vorm van excessieve prijzen (bijvoorbeeld door middel van het beperken van de productie), te lage kwaliteit, prijsdiscriminatie.
 - Uitsluiting: dit kan zich voordoen in de vorm van roofprijzen, prijsdiscriminatie en getrouwheidskortingen. Wel eventueel uitsluiting door middel van prijsdiscriminatie (selectieve kortingen gericht op concurrenten)
- Actief op meerdere markten (verticaal geïntegreerd):
 - Uitbuiting: behalve de mogelijkheden die een bedrijf actief op één markt heeft, is daarnaast prijsdiscriminatie door koppelverkoop van producten mogelijk.
 - Uitsluiting: behalve de mogelijkheden die een bedrijf actief op één markt heeft, zijn de gedragingen omschreven onder inkoopmacht.

Figuur 3: ordening naar inkoop- en verkoopmacht



Bovenstaand schema laat zien welk type mededingingsbeperkend gedrag kan optreden bij welke vorm van marktmacht. Bij een gesloten inkoopcombinatie zijn bijvoorbeeld exclusiviteitsbedingen en koppelverkoop het meest waarschijnlijk. Zoals hierboven besproken is duidelijk dat een open inkoopcombinatie alleen in uitzonderlijke gevallen tot uitsluiting of uitbuiting zal leiden (de mogelijke vormen van uitbuiting via coördinatie-effecten zijn voor de helderheid buiten deze figuur gehouden en vallen hier onder verkoopmacht).

Verder maakt dit overzicht zichtbaar dat verkoopmacht niet alleen eerder (direct) tot uitbuiting kan leiden, maar bovendien via meerdere manieren ook tot uitsluiting kan leiden (gevolgd door uitbuiting). Dit is zeker het geval als de betreffende AMM-partij verticaal geïntegreerd is en zijn concurrenten door koppelverkoop kan uitsluiten.

De bovenstaande mededingingsproblemen kunnen in een laatste stap gekoppeld worden aan (een combinatie van) verschillende AMM-verplichtingen. Hierop wordt in Hoofdstuk 7 nader ingegaan.

Bovenstaand schema vereenvoudigt de werkelijkheid teneinde onderlinge verbanden tussen de relevante factoren en de prioritering van de NZa duidelijk te maken. De lijst met (mogelijke) scenario's en mededingingsbeperkingen is niet limitatief. Het schema geeft alleen aan op welk type mededingingsbeperkend gedrag een relatief grote kans bestaat bij verkoopmacht, respectievelijk inkoopmacht. De praktijk kan vanzelfsprekend afwijken.

Consultatievraag 7: is een koppeling in de analyse tussen de verschillende vormen van marktmacht (inkoop- en verkoopmacht) en mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen wenselijk?

5.4.6 Ernst van mededingingsproblemen voor het consumentenbelang

Op basis van het bovenstaande kan het een en ander worden gezegd over de prioriteiten ten aanzien van specifieke mededingingsproblemen in relatie tot het algemene consumentenbelang:

- **Negatieve maatschappelijke gevolgen:** als concretisering van eerder genoemde effecten, wordt ingrijpen overwogen als (merkbare) negatieve gevolgen worden verwacht voor het algemene consumentenbelang (in termen van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid).
- **Inkoopmacht versus verkoopmacht:** mededingingsproblemen die samenhangen met inkoopmacht worden in het algemeen als minder problematisch beschouwd als de achterliggende consumentenmarkt concurrerend is, behalve waar bijvoorbeeld exclusiviteitsbedingen kunnen resulteren in uitsluiting die leidt tot AMM op de zorgverzekeringsmarkt. Problemen die samenhangen met verkoopmacht worden in beginsel als ernstiger gezien, omdat deze direct kunnen leiden tot uitbuiting van de consument en in combinatie met verticale (en/of horizontale) integratie ook tot uitsluiting van concurrenten.
- **Uitsluiting versus uitbuiting:** het is niet goed mogelijk om in het algemeen te beoordelen of uitsluiting ernstiger is dan uitbuiting of andersom. Weliswaar schaaft uitbuiting consumenten direct, maar ook uitsluiting kan op termijn leiden tot uitbuiting. Omgekeerd geredeneerd ligt de oplossing van mededingingsproblemen niet zozeer bij het tegengaan van uitbuiting, maar bij het bevorderen van daadwerkelijke mededinging door het bestrijden van uitsluiting, in combinatie met het afbreken van toetredingsbarrières, hetgeen dan vanzelf verdere uitbuiting onmogelijk zal maken. Het direct tegengaan van vormen van uitbuiting heeft bovendien als nadeel dat hierdoor juist toetredingsbelemmeringen kunnen worden opgeworpen, nieuwe toetreding niet plaats vindt en AMM-posities worden bestendig. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren als prijzen worden gereguleerd op een dusdanig laag prijsniveau dat toetreding niet meer rendabel is. Omdat het in de zorgsector over markten in een overgangsfase

gaat, geeft de NZa prioriteit aan verplichtingen die uitsluiting tegengaan. Hoge prijzen of lage kwaliteit (uitbuiting) kunnen indicatief zijn voor falende concurrentie, maar de NZa zal er primair naar streven in dit geval daadwerkelijke concurrentie te stimuleren in plaats van prijzen te reguleren: deze daadwerkelijke concurrentie zal dan immers de uitbuiting oplossen.

- **Lagere prijzen zijn in beginsel niet negatief maar positief:** de NZa zal terughoudend zijn ten aanzien van (potentiële) gedragingen die gewoonlijk leiden tot lagere prijzen met positieve gevolgen voor de consument (zoals prijsdalingen, kortingen en prijsdiscriminatie¹⁰²) als niet vaststaat dat er een hoog risico is op uitsluitende effecten. Ingrijpen op prijsgedrag dat een uiting is van prijsconcurrentie zonder dat duidelijk is of er sprake is van een bedreiging van de daadwerkelijke concurrentie is contraproductief.
- **Discriminatie is wenselijk voor keuze en prijsdifferentiatie:** de NZa zal tevens terughoudend zijn bij het optreden tegen 'discriminatie' door verzekeraars als inkopers van zorg. Non-discriminatie verplichtingen die leiden tot een contracteerplicht of het niet kunnen belonen van efficiency- of kwaliteitsverschillen tussen aanbieders zijn eerder gericht op het beschermen van individuele marktpartijen, dan het beschermen van de ontwikkeling van concurrentie. De consument dient juist te kunnen kiezen (op basis van relevante informatie – die wellicht deels op basis van algemene verplichtingen kenbaar moet worden gemaakt) uit een gedifferentieerd aanbod.
- **Kruisverbanden (horizontaal of verticaal) tussen geliberaliseerde en gereguleerde markten zijn kwetsbaar:** daarentegen zal de NZa prioriteit geven aan het voorkomen dat partijen met AMM-posities op gereguleerde markten een AMM-positie verwerven of behouden op geliberaliseerde markten, bijvoorbeeld door koppelverkoop of kruissubsidies. Horizontale en/of verticale verbanden tussen markten waarop AMM-posities bestaan en andere markten worden daarom scherp in de gaten gehouden. Hiermee wordt de vraagsturing door de consument op geliberaliseerde markten beschermd.

5.4.7 Objectieve rechtvaardiging en efficiencyverweer

In gevallen waar in beginsel wordt voldaan aan de omschrijving van een mededingingsprobleem, dient ruimte te bestaan voor verweer van AMM-partijen gebaseerd op het bestaan van een objectieve rechtvaardiging, respectievelijk een efficiencyverweer ('efficiency defense').

- **Objectieve rechtvaardiging:** dit verweer bestaat in twee varianten: de objectieve (van buiten de betrokken AMM-partij komende) noodzaak tot een bepaalde gedraging en de noodzaak om te reageren op een bepaalde gedraging van de concurrentie ('meeting competition').

¹⁰² Prijsdiscriminatie kan afhankelijk van de omstandigheden van het geval zeer verschillend uitwerken. Bedoeld zijn vormen van prijsdiscriminatie die gericht zijn op de introductie van lagere prijzen voor groepen afnemers. In algemene zin zal prijsdiscriminatie positieve welvaartseffecten hebben als dit leidt tot een vergroting van de productie ('output') ten opzichte van de bestaande situatie. In overeenstemming daarmee zal het optreden tegen prijsdiscriminatie negatieve welvaartseffecten hebben als dit leidt tot een vermindering van de productie.

- **Efficiencyverweer:** bepaalde gedragingen, zoals bundeling (koppelverkoop), het geven van kortingen en het differentiëren van prijzen (prijsdiscriminatie) zijn ten slotte economisch gezien in bepaalde gevallen doelmatig wanneer zij per saldo meer positieve dan negatieve effecten hebben en dus welvaartsverhogend zijn. In dergelijke gevallen dient er daarom ruimte te zijn voor een efficiency verweer.

Beide typen verweren dienen door de AMM-partijen in kwestie te worden opgeworpen en bewezen. Als op basis van het ontwerpbesluit in de openbare voorbereidingsprocedure (zie hoofdstuk 7) of in bezwaar een dergelijk verweer afdoende gemotiveerd wordt gevoerd, zal de NZa hierop ingaan.

5.5 Conclusie

Het is mogelijk om op basis van de soorten AMM, respectievelijk inkoopmacht en verkoopmacht en de gevolgen daarvan, respectievelijk uitsluiting en uitbuiting, een algemene indeling te maken in vormen van AMM en gerelateerde problemen.

Andere relevante variabelen zijn de vragen of de consumentenmarkt daadwerkelijk concurrerend is en of sprake is van verticale (of horizontale) integratie. In het algemeen gesteld is verkoopmacht schadelijker dan inkoopmacht, omdat deze zowel uitsluiting als uitbuiting tot gevolg kan hebben. Uitsluiting is niet per definitie schadelijker dan uitbuiting, maar effectief aanpakken van uitsluiting voorkomt ook uitbuiting (het omgekeerde is niet het geval) en kan daarom beleidsprioritair zijn. Op basis hiervan kan worden overwogen welke verplichtingen in een bepaald geval dienen te worden opgelegd. Hierop gaat hoofdstuk 6 nader in.

6. Verplichtingen

6.1 Inleiding

Om haar middelen zo doelmatig mogelijk in te kunnen zetten, moet de NZa kiezen waar haar onderzoek naar AMM en het opleggen van verplichtingen het meest doelmatig is. In hoofdstuk 4 is de risicoanalyse geschetst op basis waarvan verzoeken tot het opleggen van AMM-verplichtingen kunnen worden beoordeeld. Hoofdstuk 5 heeft uiteengezet hoe de AMM-analyse wordt uitgevoerd en wat daarbij de prioriteiten van de NZa zijn.

Dit hoofdstuk gaat achtereenvolgens in op de verschillende soorten verplichtingen die aan AMM-partijen kunnen worden opgelegd, op de rangorde van deze verplichtingen (van licht naar zwaar) en hoe deze aan bepaalde mededingingsproblemen gekoppeld kunnen worden teneinde een proportioneel resultaat te bereiken.

6.2 Aanleiding voor de beschikbare verplichtingen

6.2.1 Catalogus van verplichtingen

Artikel 48 Wmg somt de specifieke verplichtingen op die de NZa kan opleggen als zij heeft vastgesteld dat een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar beschikt (hetzij meerdere partijen gezamenlijk beschikken) over AMM op een volgens de principes van het algemeen mededingingsrecht afgebakende relevante markt¹⁰³.

Hieronder volgt een beschrijving van deze specifieke verplichtingen:

(a) Transparantie: de verplichting om door de NZa te bepalen categorieën van informatie aan door de NZa te bepalen (groepen van) van belanghebbenden bekend te maken (op een door de NZa te bepalen wijze). Deze transparantieverplichting maakt het mogelijk om een partij specifieke extra informatie te doen publiceren die voor het bevorderen van gelijke concurrentiekansen van belang is. Bijvoorbeeld de verplichting dat een ziektekostenverzekeraar met AMM informatie moet publiceren omtrent zijn aanbestedingsprocedure in het kader van de zorginkoop.

Deze transparantieverplichting staat los van de algemene transparantieverplichtingen die zijn opgenomen in de artikelen 36 Wmg en verder. Deze laatste gelden ongeacht of sprake is van AMM en verplichten zorgaanbieders, ziektekostenverzekeraars en zorgverzekeraars informatie openbaar te maken over bijvoorbeeld kwaliteit en tarieven/premies, zodat consumenten beter kunnen kiezen.

(b) Non-discriminatie: de verplichting om bij de levering van door de NZa te bepalen diensten, de afnemers van die diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen. Deze non-discriminatie verplichting sluit uit dat een partij met de leveringsvoorwaarden van diensten 'speelt' om klanten die door marktwerking aan concurrenten verloren zouden kunnen gaan, te bevoordelen. Een zorgaanbieder kan bijvoorbeeld voor

¹⁰³ Het gaat hier om een limitatieve lijst aan verplichtingen, die echter op grond van Artikel 48, eerste lid, sub I, Wmg bij ministeriële regeling kan worden aangevuld.

bepaalde consumenten lagere prijzen of kortere wachttijden hanteren om te voorkomen dat zij hun zorg elders inkopen, terwijl bij consumenten bij wie de kans klein is dat zij hun zorg elders inkopen, juist hogere prijzen en langere wachttijden worden gehanteerd.

(c) Ontbundeling: de verplichting om een door de NZa te bepalen dienst los te leveren van andere diensten. Deze verplichting wil tegengaan dat marktmacht van de ene markt naar een andere aangrenzende markt wordt overgeheveld bijvoorbeeld door koppelverkoop. Dit is bijvoorbeeld het geval als de AMM-partij levering van diensten of producten die een concurrent niet kan leveren gebruikt om ongevraagd nevenproducten te verkopen of om diensten die wel aan concurrentie blootstaan te bevorderen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een ziekenhuis alleen (gereguleerde) oncologische behandelingen wil laten contracteren als ook (geliberaliseerde) cataractbehandelingen worden gecontracteerd. Dit zou de toetreding van nieuwe aanbieders van cataractbehandelingen ernstig belemmeren en mogelijk al bestaande aanbieders van cataractbehandelingen uit de markt drukken.

(d) Gescheiden boekhouding: de verplichting om de kosten en opbrengsten van door de NZa te bepalen diensten die de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar (intern of extern) aanbiedt, te scheiden van die van zijn overige activiteiten en daartoe een gescheiden boekhouding te voeren volgens aanwijzingen van de NZa.

Door het opleggen van de onder d. genoemde verplichting kan worden voorkomen dat een AMM-partij zorgproducten aanbiedt voor een prijs lager dan de kostprijs met de bedoeling om concurrenten van de markt te weren en het verlies dat zij op dat zorgproduct leidt, versleutelt in de prijs van een ander product waarvoor nauwelijks concurrentie bestaat. Hiermee wordt marktversturende kruissubsidie tegengegaan tussen markten die wel en deelmarkten die nog niet aan daadwerkelijke concurrentie bloot staan. Kruissubsidiëring, waarbij de aanbieder zijn prijs voor het ene product verhoogt om daarbij de prijsverlaging voor een ander product te compenseren, is op zichzelf niet schadelijk en soms zelfs voordelig, zolang het niet wordt gebruikt om te lage prijzen te financieren. Te lage prijzen zijn schadelijk, omdat daarmee zelfs efficiënte concurrenten van de markt kunnen worden verdreven of geweerd (uitsluiting). In de zorg kan dit bijvoorbeeld een probleem zijn waar verschillende bekostigingsregimes bestaan (een deel met vrije en een deel met gereguleerde prijzen). Verschillen in toelatingsvoorwaarden kunnen eveneens aanleiding zijn voor kruissubsidiëring. Zonder realistische prijzen krijgen nieuwe toetreders geen eerlijke kans en wordt de omslag naar meer marktwerking belemmerd.

(e) Contracteerplicht: de verplichting om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst. Op grond van deze verplichting moet bijvoorbeeld een zorgaanbieder, die exclusieve levering met een ziektekostenverzekeraar is overeengekomen, onder redelijke voorwaarden voldoen aan een redelijk verzoek van een andere verzekeraar. Ook valt te denken aan het medegebruik, door nieuwe markttoetreders, van bepaalde kostbare apparatuur. Verder kan worden gedacht aan het medegebruik van een elektronisch datanetwerk van consumentgegevens dat noodzakelijk kan zijn om zich als nieuwe toetreder te vestigen¹⁰⁴. Door verplichte

¹⁰⁴ Hiervan was bijvoorbeeld sprake in Assen, waar de apotheken gezamenlijk beschikken over een elektronisch netwerk met consumentgegevens. Dit netwerk

toegangverlening kan de drempel voor markttoetreding worden verlaagd in het belang van de totstandkoming van marktwerking.

(f) Geen overcapaciteit bedingen: de verplichting dat een ziektekostenverzekeraar bij zorgaanbieders geen onredelijk hoge capaciteit mag reserveren in relatie tot de capaciteit die de verzekeraar naar verwachting reëel voor zijn verzekerden nodig heeft. Hierbij kan gedacht worden aan een ziektekostenverzekeraar met AMM die bij het enige ziekenhuis in de desbetreffende regio een onredelijke hoge capaciteit van zorg (aantal bedden) in relatie tot de benodigde zorg voor zijn verzekerden inkoopt. Hierdoor wordt het voor andere ziektekostenverzekeraars moeilijker de benodigde zorg (in dit concrete geval bedden) in te kopen. Dit levert toetredingsmoeilijkheden voor de andere ziektekostenverzekeraars op en beperkt de keuzemogelijkheden van de consument. Door het opleggen van de onder (f) genoemde verplichting kan de NZa voorkomen dat andere ziektekostenverzekeraars buitengesloten worden.

(g) Delen van voorzieningen: de verplichting om voor het medegebruik van door de NZa aan te wijzen categorieën van zorg, diensten of voorzieningen een openbaar aanbod te doen en in stand te houden. De NZa kan deze verplichting opleggen om transparantie, snelheid en non-discriminatoir gedrag bij onderhandelingen over dergelijke leveringen te stimuleren.

(h) Wijzigingen in aanbod opvolgen: verplichting om het onder g bedoelde openbare aanbod volgens door de NZa gegeven aanwijzingen te wijzigen. Zo kan de NZa aan de verplichting tot het doen van een openbaar bod voor het delen van voorzieningen (onder g) de mogelijkheid koppelen om het openbare aanbod achteraf te wijzigen.

(i) Prijscontrole: de verplichting tot het vaststellen van de tarieven voor door de NZa aangewezen diensten of leveringen volgens een bepaalde berekeningsmethode. Hiermee kan de NZa de prijzen van diensten of producten die niet (meer) worden gereguleerd op grond van paragraaf 4.4 Wmg en waarvan de hoogte nog niet wordt bepaald door marktkrachten, voor individuele partijen alsnog reguleren. Dit is een uiterste middel. Deze verplichting is nodig als een AMM-partij het zich vanwege het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie kan veroorloven buitensporig hoge (excessieve) tarieven te vragen. Ook als de marges van andere marktpartijen uitgehold worden (door rooftprijzen of wurgprijzen), kan individuele regulering nodig zijn. Aanvaardbare tarieven worden in beginsel bepaald door de onderliggende kosten vermeerderd met een redelijk rendement. Hierop gebaseerde kostprijsmodellen schrijven voor hoe (en welke) kosten moeten worden doorberekend en wat de maximale hoogte van de verschillende kostencomponenten is. Een andere mogelijkheid is efficiency bevordering, waarbij de prijs wordt vastgesteld op basis van vergelijking met gemiddelde prestaties en deze prijs prikkelt tot kostenbesparing en/of omzetvergroting of maatstafconcurrentie, waarbij prijzen worden vastgesteld op basis van vergelijking met best-practice-normen.

kan de onderlinge concurrentie bevorderen, omdat alle aangesloten apotheken inzage hebben in deze gegevens en daarmee de medicijnbewaking kunnen garanderen. Daardoor kan de consument gemakkelijker gebruik kan maken van een andere apotheek. Aangezien de Assense apotheken echter hadden afgesproken het netwerk niet te gebruiken tijdens reguliere openingstijden, beperkten zij de keuzevrijheid van de consument en daarmee zowel hun onderlinge concurrentie als de toetreding van de nieuwe apotheken. Besluit NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501, Dienstapothek Assen.

(j) Kostentoerekening: de verplichting om ten behoeve van het vaststellen van prijzen zoals bedoeld onder (i) een kostentoerekeningssysteem te hanteren dat voldoet aan door de NZa te bepalen toerekeningsprincipes. Deze verplichting lijkt op de algemene verplichting die de NZa kan opleggen op basis van artikel 36, derde lid Wmg. Daar is het doel echter om gegevens van verschillende aanbieders te kunnen vergelijken, niet om individuele tariefmaatregelen gebaseerd op kostenoriëntatie.

(k) Aantonen aan verplichtingen te voldoen: de verplichting om op door de NZa te bepalen wijze, bijvoorbeeld door een accountantsverklaring, eenmalig of periodiek aan te tonen dat aan de onder (i) en (j) bedoelde verplichtingen is voldaan. Deze verplichting wordt alleen samen met de verplichtingen in (i) en (j) opgelegd. Als het (onder meer) voor het voorkomen van excessieve rendementen nodig is om het kostenniveau te berekenen, waarbij kosten en opbrengsten op marktconforme wijze worden toegerekend aan diensten en producten, kan de NZa op grond van de verplichting onder (j) de methodiek van kostentoerekening voorschrijven en door middel van de verplichting onder (k) controle uitoefenen op de naleving daarvan.

6.2.2 Verplichtingen en sancties

De in artikel 48 Wmg opgesomde verplichtingen dienen om de voorwaarden te scheppen voor daadwerkelijke marktwerking. Zij beogen niet de betrokken partij te straffen: er hoeft immers formeel geen sprake te zijn van een daadwerkelijke of ongeoorloofde concurrentiebeperking. Alleen als de betrokken zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar de hem opgelegde verplichtingen niet nakomt of een aanwijzing (artikel 76 Wmg) niet opvolgt, kan de NZa een sanctie toepassen, in de vorm van bestuursdwang (artikel 80 Wmg), last onder dwangsom (artikel 82 Wmg), of een bestuurlijke boete (artikel 85 Wmg).

De NZa legt AMM-verplichtingen op proportionele wijze op: het moeten de lichtste verplichtingen zijn die de gesignaleerde (potentiële) mededingingsproblemen nog effectief kunnen oplossen (of voorkomen). Aan de opgelegde verplichtingen kunnen voorschriften en beperkingen worden verbonden die nodig zijn voor een goede uitvoering van de verplichtingen. Op grond van artikel 48, vijfde lid, gelden verplichtingen voor een periode van maximaal drie jaar. Als de marktsituatie daar aanleiding toe geeft, kan de NZa echter al eerder beslissen om een verplichting in te trekken wanneer deze naar haar oordeel niet meer noodzakelijk is. Voorts kan de NZa binnen die periode beslissen tot wijziging of verlenging van de verplichting, telkens voor een periode van ten hoogste drie jaar.

Hoofdstuk 7 gaat nader in op de rechtsbescherming ten aanzien van handhavingsbesluiten van de NZa.

6.2.3 Voorlopige maatregelen

Op grond van artikel 49 Wmg kan de NZa in spoedeisende gevallen bij wijze van voorlopige maatregel verplichtingen opleggen aan een partij waarvan redelijkerwijs verondersteld mag worden dat deze over een AMM-positie beschikt. Dit kan wenselijk zijn in gevallen waarin het voortduren van de marktsituatie kan leiden tot onwenselijke onomkeerbare gevolgen (zoals het failliet gaan van een efficiënte toetreder). Op artikel 49 Wmg wordt in Hoofdstuk 7 nader ingegaan.

6.3 Beginselen van proportionaliteit

Het proportionaliteitsbeginsel vereist dat alleen passende verplichtingen worden opgelegd: dus de lichtste verplichting die nog effectief is om in een concrete situatie de geconstateerde (of verwachte) mededingingsproblemen op te lossen. Deze paragraaf legt uit hoe de NZa proportionele AMM-verplichtingen op zal leggen. Daarbij worden de verplichtingen zoals die in paragraaf 6.2.1. zijn omschreven in verband gebracht met de verschillende typen AMM (inkoopmacht en verkoopmacht, verticale en horizontale integratie) en mogelijke gedragingen (uitsluiting en uitbuiting) uit het vorige hoofdstuk.

6.3.1 Proportionaliteit en doelstellingen van de Wmg

Het doel van de wet is om de overstap van vaste tarieven en prestaties naar (gereguleerde) marktwerking tot stand te brengen. Marktwerking in de zorg is geen doel op zich, maar een middel om de zorgsector beter te laten presteren. Evenzeer is het reguleren van tarieven, prestaties en transparantie geen doel op zich maar moet gezien worden in het licht van de doelstellingen van de wet, waarbij de belangen van de consument centraal staan. Dit belang betreft de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit¹⁰⁵ van de zorg. Daarbij streeft de NZa naar zoveel mogelijk individuele vrijheidsgraden bij alle marktpartijen: waar het kan, moet eigen verantwoordelijkheid worden genomen.

Als algemeen uitgangspunt geldt dat het consumentenbelang op termijn het beste wordt gediend door effectieve marktwerking¹⁰⁶. Dit betekent dat de op te leggen verplichtingen noodzakelijk moeten zijn gelet op het doel van de wet. Maatregelen die niet bijdragen aan het creëren van een gelijk speelveld of die niet de toegankelijkheid, betaalbaarheid of kwaliteit van de zorg verbeteren zijn dus niet proportioneel. Bovendien zijn verplichtingen slechts proportioneel als er geen minder vergaande verplichtingen beschikbaar zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt.

Deze algemene uitgangspunten zijn in overeenstemming met het Europese recht:

*'Ingevolge het evenredigheidsbeginsel...zijn maatregelen waarbij economische activiteiten worden verboden, slechts wettig wanneer zij geschikt en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande, dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel.'*¹⁰⁷

6.3.2 Maatregel geschikt

De nagestreefde doelstelling in algemene zin is het tot stand brengen en handhaven van effectieve mededinging. Door het opleggen van een bepaalde verplichting of combinatie van verplichtingen moet het

¹⁰⁵ De NZa wil zich geen oordeel over kwaliteit aanmeten. Dat is een taak voor de Inspectie voor de gezondheidszorg (IGZ). Wel let de NZa erop dat de marktcondities zo zijn, dat de kwaliteit van zorg volledig tot zijn recht komt (zie Strategiedocument NZa, NZa, (juli 2006)).

¹⁰⁶ MvT bij Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, Kamerstukken II (2004-2005) 30 186, nr. 3.

¹⁰⁷ HvJEG, Zaak C-331/88 FEDESA, Jur. 1990 I- 4023.

relevante doel dichterbij worden gebracht – dit volgt uit het benoemen van het geconstateerde (of verwachte) mededingingsprobleem. De eerste relevante vraag – of de betreffende verplichting geschikt is – kan in principe worden beoordeeld op basis van de koppeling tussen mededingingsproblemen en verplichtingen die wordt gegeven in tabel 2.

Als meerdere middelen geschikt zijn, wordt in een volgende stap het lichtste effectieve middel geselecteerd (zie hieronder).

6.3.3 Maatregel noodzakelijk

In aanvulling op de redenering dat de maatregel geschikt is om de doelstellingen te bereiken (relatie tussen doel en middel), moet worden gemotiveerd dat toepassing van het middel noodzakelijk is: zonder het toepassen van de gekozen maatregel wordt het mededingingsprobleem niet opgelost of verergert het mededingingsprobleem zodanig dat de doelstellingen van de Wmg in gevaar komen.

Hierbij kan aan twee aspecten worden gedacht:

- de ernst van het probleem: het moet gaan om een probleem dat zo serieus is dat het een oplossing behoeft. Er moet dus sprake zijn van een probleem dat gedurende de looptijd van het besluit niet al door de ontwikkeling van de markt of concurrentie of door andere al opgelegde verplichtingen wordt opgelost (hierbij kan worden aangesloten bij de twee voorafgaande criteria of de markt op termijn naar concurrentie tendeert en of andere (algemene) verplichtingen volstaan)
- als er verschillende verplichtingen geschikt kunnen zijn, dan moet aannemelijk worden gemaakt dat een andere minder ingrijpende maatregel niet voldoende effectief en de gekozen maatregel dus noodzakelijk is.

6.3.4 Voordelen wegen op tegen nadelen

Ten slotte moet aannemelijk worden gemaakt dat het opleggen van de verplichting(en) per saldo een positief effect heeft: kortom de voordelen moeten opwegen tegen de nadelen. Bij nadelen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de nadelen voor de marktpartij waaraan de betreffende verplichtingen worden opgelegd of aan eventuele negatieve effecten op investeringsprikkel. Bij voordelen moet worden gedacht aan voordelen die relevant zijn in termen van het bereiken van de doelstellingen van de Wmg.

6.3.5 Koppeling mededingingsproblemen aan mogelijke verplichtingen

Voor het opleggen van een passende verplichting dient gekeken te worden naar de aard van het mededingingsprobleem en de specifieke mededingingsbeperkende gedragingen die (kunnen) optreden. De in de wet omschreven limitatieve reeks verplichtingen past over het algemeen bij een specifiek mededingingsprobleem. In die zin zal er slechts in beperkte mate sprake zijn van overlap en van keuzeproblemen tussen verschillende verplichtingen.

Hieronder is een niet-uitputtend overzicht opgenomen van potentiële gedragingen van partijen met AMM en de verplichtingen die kunnen worden opgelegd om deze te voorkomen.

Tabel 2: Potentieel mededingingsprobleem / gedraging AMM-partij en mogelijke verplichtingen

Potentieel mededingingsprobleem	Mogelijke verplichtingen (of een combinatie hiervan)
Excessieve tarieven	Gescheiden boekhouding, tariefregulering, kostentoerekeningssysteem, bewijslast
Lage kwaliteit	Transparantie
Roofprijzen (en kruissubsidies)	Gescheiden boekhouding, tariefregulering, kostentoerekeningssysteem, bewijslast
Discriminatie	Transparantie, non-discriminatieverplichting, openbaar aanbod, wijziging openbaar aanbod
Koppelverkoop	Ontbundeling
Overige vormen van uitsluiting (inclusief leveringsweigering)	Transparantie, non-discriminatieverplichting, contracteerplicht, medegebruik, openbaar aanbod, wijziging openbaar aanbod, redelijk capaciteitsbeslag, ontbundeling

Consultatievraag 8: bent u het eens met de hierboven aangegeven koppeling tussen de genoemde potentiële mededingingsproblemen en de aangegeven mogelijke verplichting(en)?

Consultatievraag 9: welke andere belangrijke potentiële mededingingsproblemen worden hierboven niet omschreven en zijn binnen de zorgsector wel van belang?

Zoals eerder aangegeven is, kan op basis van dit overzicht een eerste beoordeling worden gemaakt ten aanzien van de geschiktheid van verplichtingen voor het oplossen van de (mogelijke) mededingingsproblemen. Om een willekeurig voorbeeld te noemen, de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding zal geen invloed hebben op een geconstateerd kwaliteitsgebrek. Daarmee is deze verplichting niet geschikt en dus niet proportioneel.

De MvT bij de Wmg bevat overigens een aantal specifieke voorbeelden over de inzet van verplichtingen. De transparantieverplichting kan bijvoorbeeld gebruikt worden om de aanbestedingsprocedure van een zorgverzekeraar in het kader van de zorginkoop inzichtelijk te maken¹⁰⁸.

6.3.6 Hiërarchie van verplichtingen

Om zo licht mogelijke effectieve verplichtingen op te kunnen leggen, moet eerst worden ingegaan op de vraag hoe zwaar de verschillende verplichtingen zijn en de vraag of het voor de hand ligt verplichtingen al dan niet in combinatie met andere verplichtingen op te leggen. Hieronder worden de uitgangspunten aangaande de verschillende verplichtingen behandeld.

- De **transparantieverplichting** van artikel 48, eerste lid sub (a) Wmg kan als afzonderlijke verplichting worden opgelegd om de informatievoorziening aan potentiële afnemers ten aanzien van prijzen en dienstverlening te verbeteren. Deze verplichting kan als lichtst denkbare verplichting afzonderlijk worden opgelegd in gevallen waarin meer ingrijpende maatregelen (nog) niet noodzakelijk zijn. Daarnaast kan een transparantieverplichting nodig zijn in combinatie met andere verplichtingen, om de handhaving van deze andere verplichtingen te vergemakkelijken;
- De **non-discriminatieverplichting** van artikel 48, eerste lid sub (b) Wmg kan zelfstandig worden opgelegd waar belangrijke

¹⁰⁸ Voor meer voorbeelden zie de MvT bij Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30186, nr 3. Kamerstukken II (2004-2005) 30 186, nr. 3, p.blz 65-66.

groepen als gevolg van discriminatie tegen aanzienlijk ongunstiger voorwaarden kunnen inkopen dan anderen (uitbuiting) of als discriminatie wordt ingezet om specifieke afnemersgroepen die blootstaan aan concurrentie te benaderen (uitsluiting). Zoals in het beoordelingskader in hoofdstuk 4 en 5 is uiteengezet, kan discriminatie echter ook pro-competitieve effecten sorteren (zoals lagere prijzen voor groepen afnemers ten opzichte van een situatie met uniforme prijzen). Non-discriminatie kan afhankelijk van de omstandigheden van het geval een lichte of zware verplichting zijn. Non-discriminatie gekoppeld aan een contracteerplicht is een relatief zwaar instrument: het verplicht de marktpartij met AMM immers aan iedereen onder gelijke voorwaarden te leveren. Prikkels tot differentiatie verdwijnen, hetgeen tot een suboptimaal aanbod kan leiden.

- Ook de verplichting om te **ontbundelen** (artikel 48, eerste lid sub (c) Wmg) kan diep ingrijpen op de handelingsvrijheid van een AMM-partij. Deze verplichting kan een belangrijke rol spelen bij het voorkomen van het overhevelen van marktmacht in het gereguleerde naar het niet gereguleerde segment en kan belangrijk zijn voor de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie tussen algemene en gespecialiseerde zorgverleners (bijvoorbeeld brede AWBZ dienstverleners versus gespecialiseerde thuiszorginstellingen).
- Het verplichten van een marktpartij tot het voeren van een **gescheiden boekhouding** zoals bedoeld in artikel 48, eerste lid sub (d) Wmg grijpt op zichzelf niet diep in op de handelingsvrijheid van marktpartijen maar kan administratief wel zwaar belastend zijn. Het ligt daarom niet voor de hand dat het voeren van een gescheiden boekhouding zonder bijkomende verplichtingen wordt opgelegd. Een gescheiden boekhouding kan noodzakelijk zijn voor de handhaving van de verplichting tot kostenoriëntatie en een verplichting geen kruissubsidies toe te passen. Dit vormt wel een verzwaring van deze verplichtingen.
- De **toegangsverplichting** van artikel 48, eerste lid sub (e) Wmg verplicht een AMM-partij om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst op of ten behoeve van de zorginkoopmarkt. Deze verplichting kan worden opgelegd in combinatie met een non-discriminatieverplichting en is een zware verplichting omdat hiermee de vrijheid om te contracteren wordt beperkt. De toegangsverplichting is ook gericht op het kunnen afdwingen van medegebruik van kostbare apparatuur en datanetwerken waar dit nodig is voor effectieve toetreding.
- De verplichting voor een zorgverzekeraar om in zijn overeenkomsten met zorgaanbieders niet een **onredelijk hoge capaciteit** overeen te komen (artikel 48, eerste lid sub (f) Wmg), is in beginsel een relatief lichte verplichting, aangezien wordt verboden iets te doen wat strikt gezien (behoudens met het oog op anticompetitieve doeleinden) niet nodig is. Een zorgverzekeraar zou dus relatief eenvoudig aan moeten kunnen tonen of een het capaciteitsbeslag dat hij is overeengekomen redelijk is. Bij het invullen van deze verplichting zal de NZa objectiveren hoe een redelijk capaciteitsbeslag wordt bepaald.
- De verplichting om een **openbaar aanbod** te doen en in stand te houden (artikel 48, eerste lid sub (g) Wmg) ondersteunt de

handhaving van non-discriminatie en de toegangsverplichting en bevordert de snelheid en transparantie van onderhandelingen¹⁰⁹. Omdat de gereguleerde partij geen controle meer zal hebben over aan wie geleverd wordt (leveringsplicht), is dit een zware verplichting, die slechts in die gevallen wordt toegepast waar een reële dreiging van uitsluiting door leveringsweigering bestaat.

- De verplichting in artikel 48, eerste lid sub (h) om het openbare aanbod in overeenstemming met door de NZa gegeven **aanwijzingen** te wijzigen, is een verdere verzwarende van de onder (g) genoemde verplichting. Deze wordt vanzelfsprekend alleen opgelegd in combinatie met een verplichting tot medegebruik als deze laatste niet het gewenste effect sorteert of wanneer snelheid en transparantie extra belangrijk zijn¹¹⁰.
- **Tariefregulering** in individuele gevallen zoals omschreven in artikel 48, eerste lid sub (i) Wmg is de zwaarst mogelijke maatregel. Het opleggen van tariefregulering geeft aan dat niet verwacht wordt dat daadwerkelijke concurrentie ontstaat, zelfs als alle andere mogelijke verplichtingen, die onder meer gericht zijn op het wegnemen van toetredingsbelemmeringen, al worden opgelegd. In netwerksectoren zoals elektronische communicatie en energie is tariefregulering een veelgebruikt instrument omdat daar vaker sprake is van natuurlijke monopolies die samenhangen met niet-repiceerbare infrastructuur. Vooralsnog gaat de NZa ervan uit dat de kans op soortgelijke situaties in de zorgsector gering is. Het zou daarom proportioneel zijn om alleen op te treden tegen buitensporige (excessieve) prijzen, roofprijzen en wurgprijzen.
- Het opleggen van een verplichting tot het hanteren van een specifiek **kostentoerekeningssysteem** (artikel 48, eerste lid sub (j) Wmg) is een verzwaarde invulling van tariefregulering (sub (i)) en zal alleen in combinatie hiermee worden opgelegd (in gevallen waar aanleiding voor een dergelijke verzwarende bestaat).
- Datzelfde geldt voor art. 48, eerste lid sub (k) Wmg waarbij vooraf de verplichting wordt opgelegd om aan de NZa **bewijzen te overleggen** van het voldoen aan de tariefregulering en het toepassen van een specifiek kostentoerekeningssysteem.

Op basis van bovenstaande overwegingen wordt in onderstaande tabel een nadere categorisering (of hiërarchie) van de verplichtingen worden gegeven.

¹⁰⁹ MvT bij Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30186, nr 3.Kamerstukken II (2004-2005) 30 186, nr. 3.

¹¹⁰ MvT bij Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30186, nr 3.Kamerstukken II (2004-2005) 30 186, nr. 3.

Tabel 3: Hiërarchie van verplichtingen

Zelfstandige verplichting	Samenhangende onzelfstandige verplichting	Zwaarte	Administratieve lasten
Transparantie	—	Licht	Licht
Gescheiden boekhouding	—	Licht	Zwaar
Non-discriminatie	—	Zwaar	Licht
Redelijk capaciteitsbeslag	—	Licht	Licht
Ontbundeling	—	Zwaar	Zwaar
Toegangsverplichting	—	Zwaar	Middel
Openbaar aanbod	Gewijzigd openbaar aanbod	Zwaar	Licht
Tariefregulering	Hanteren specifiek kostentoerekeningssysteem, Externe verantwoording	Ze er zwaar	Ze er zwaar

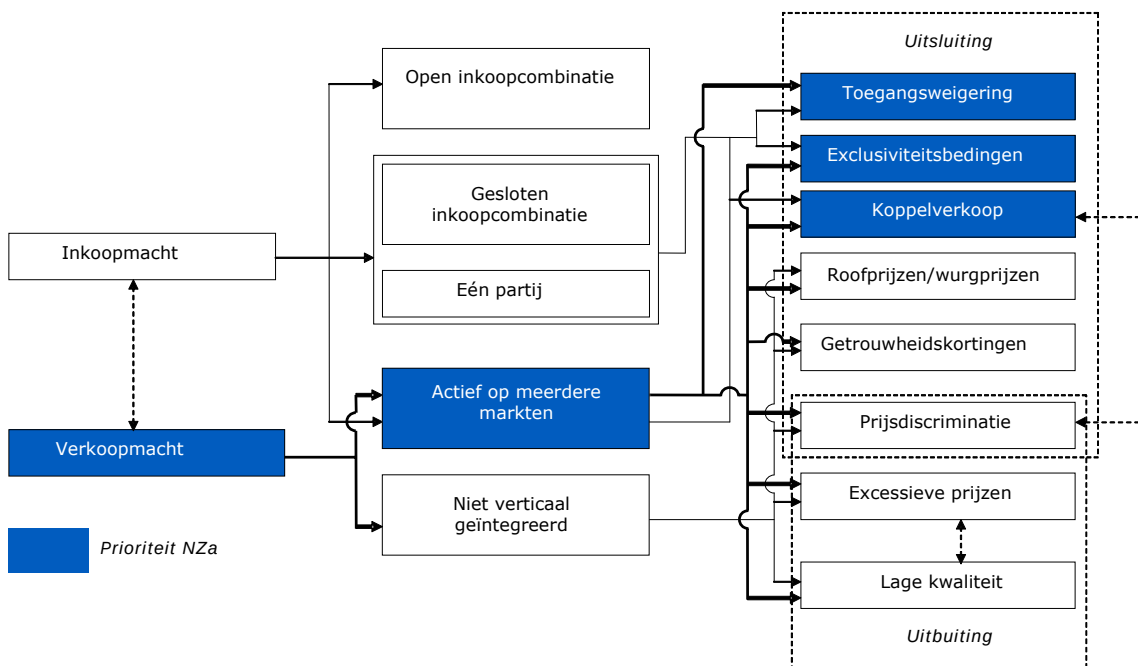
Consultatievraag 10: bent u het eens met de in het document aangegeven zwaarte van:

- *de verschillende verplichtingen*
- *de mate van administratieve belasting?*

6.3.7 Overzicht relevante verbanden

De onderstaande figuren 4 en 5 geven een schematisch totaaloverzicht waarin eerdere kwalificaties van AMM, gedragingen en verplichtingen worden samengevat. Hiermee worden de variabelen die de NZa hanteert in haar risicoanalyse in verband gebracht met mededingingsproblemen, en de hiërarchie van verplichtingen, zodat zowel prioriteiten als proportionaliteit in algemene termen in beeld worden gebracht.

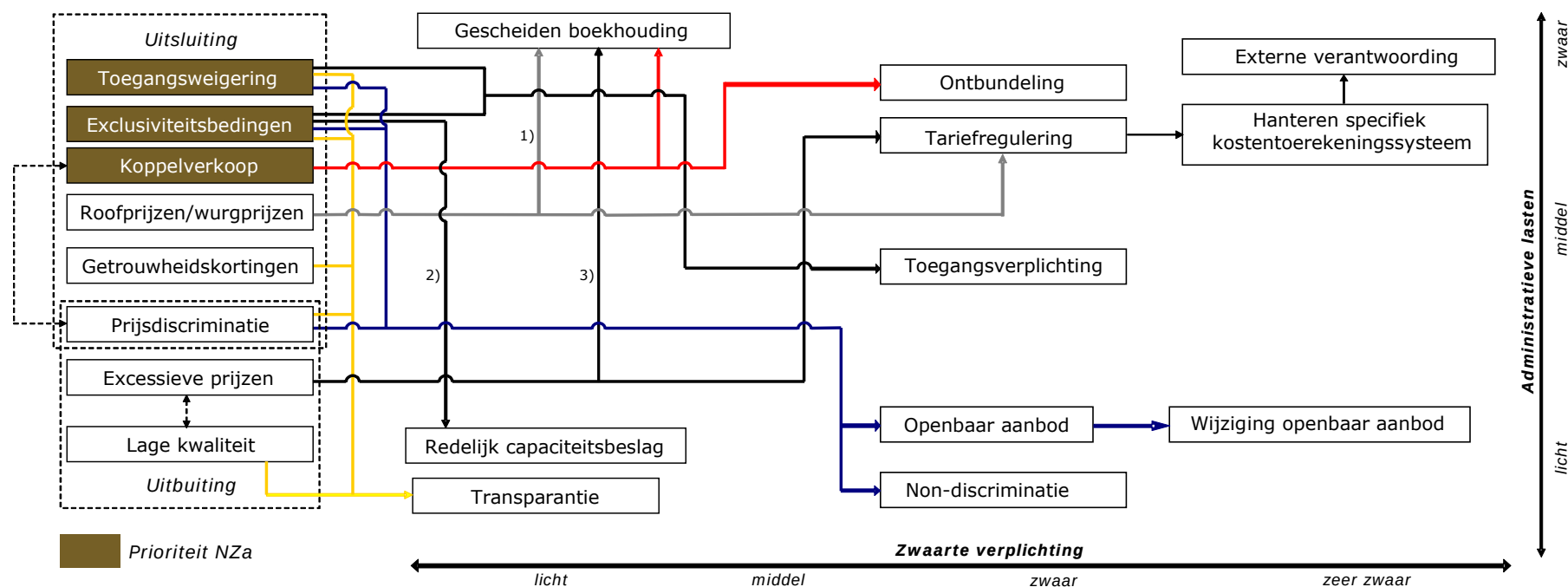
Figuur 4: koppeling marktmachtspositie aan potentiële gedraging



Bij een partij met verkoopmacht die actief is op meerdere markten (bijvoorbeeld omdat het een verticaal geïntegreerd bedrijf is), zijn excessieve prijzen (en lage kwaliteit), prijsdiscriminatie, roofprijzen en wurgprijzen en getrouwheidskortingen mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen. Als een partij alleen inkoopmacht heeft als lid van een open inkoopcombinatie dan zijn deze mededingingsbeperkende gedragingen minder waarschijnlijk.

De gekleurde vakken geven aan waar de prioriteit van de NZa komt te liggen. De nadruk ligt minder op gedragingen die een negatieve druk op de prijzen hebben.

Figuur 5: koppeling potentiële gedragingen aan verplichtingen



1) Indien d.m.v. kruissubsidies; 2) Indien d.m.v. inkopen van onredelijk hoge capaciteit; 3) Indien op meerdere markten actief
De kleuren van de lijnen hebben geen bijzondere betekenis en zijn alleen gebruikt om de leesbaarheid te vergroten.

Het tweede schema (figuur 5) brengt de prima facie meest passende verplichtingen bij specifiek mededingingsbeperkende gedrag in kaart. Bovendien wordt zichtbaar gemaakt wat de zwaarte en de administratieve lasten van de verplichtingen zijn.

Als bijvoorbeeld exclusiviteitsbedingen in overeenkomsten tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars de mededinging verstoren, is een aantal AMM-verplichtingen beschikbaar:

- Waar exclusiviteit volgt uit het overeenkomen van een onredelijk hoge capaciteit kan de NZa een verplichting tot redelijk capaciteitsbeslag opleggen
- Als exclusiviteit bijvoorbeeld het resultaat is van uitsluiting op een netwerk:
 - kan de NZa een toegangsverplichting opleggen
 - het afdwingen van non-discriminatie
 - het doen van een openbaar aanbod (en als verzwarende wijziging hiervan).

Als juist buitensporige (excessieve) prijzen het probleem vormen, dan kan de NZa:

- opleggen dat er met een gescheiden boekhouding wordt gewerkt (bijvoorbeeld om kruissubsidies te voorkomen bij een partij die op meerdere markten actief is).
- op verschillende manieren de prijzen reguleren (eventueel verzaamd door het hanteren van een specifiek kostentoerekeningssysteem en externe controle).

Evenals het eerste schema is ook het tweede schema een vereenvoudiging van de werkelijkheid die dient ter verduidelijking van een algemene benadering waar de NZa in concrete gevallen mogelijk van zal afwijken. De lijst met mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen is niet limitatief. Ten slotte geeft het schema aan welke instrumenten bij een bepaald mededingingsprobleem prima facie passend zouden kunnen zijn, maar in concrete gevallen kan de NZa vanzelfsprekend ook besluiten om (ook) andere (en/of meerdere) verplichtingen op te leggen.

De plaats van verplichtingen op de verticale as geeft een grove indicatie aan van de administratieve lasten die daarmee gepaard gaan. Hieruit kan wel worden afgeleid dat transparantie en het redelijk capaciteitsbeslag lichte verplichtingen zijn, maar niet of de administratieve lasten voor transparantie per definitie hoger of lager zijn dan (of gelijk aan). Hetzelfde geldt voor de zwaarte van de verplichting. Zo kan gesteld worden dat de verplichting tot het contracteren van een redelijke capaciteit en een transparantieplicht licht zijn, maar niet dat de een lichtere (of zwaardere) verplichting is dan de ander.

6.4 Conclusie

In dit hoofdstuk heeft de NZa toegelicht welke verplichtingen zij kan opleggen aan AMM-partijen.

Als de NZa heeft vastgesteld dat sprake is van een AMM-partij, zal zij bekijken of het opleggen van verplichtingen nodig is en welke soort verplichting of combinatie van verplichtingen dan het meest geschikt is ter oplossing van een bepaald mededingingsprobleem.

Hierbij weegt de NZa mee of andere, eventueel lichtere maatregelen op grond van de Wmg geschikt zijn ter oplossing van een bepaald mededingingsprobleem. Indien daarvan geen sprake kan zijn, weegt de NZa vervolgens af welke AMM verplichting passend is ter oplossing van een mededingingsprobleem. Dit betekent dat het lichtste middel dat nog effectief is moet worden ingezet. Hiervoor heeft de NZa een rangorde van licht naar zwaar aangebracht in de beschikbare verplichtingen en deze gekoppeld aan een bepaald mededingingsprobleem.

7. Procedureel kader

7.1 Aanvragen en rechtsbescherming

7.1.1 Inleiding

De NZa doet verschillende soorten AMM onderzoek. Zij kan zelf bepaalde zorgmarkten nader onderzoeken om te zien of een gereguleerde markt geliberaliseerd kan worden of om te zien of problemen bestaan die met algemene verplichtingen of AMM-verplichtingen bestreden moeten worden.

Buiten marktbrede onderzoeken om zal de NZa ook klachten of meldingen ontvangen over AMM-situaties. Waar hiervoor is aangegeven dat de NZa zich terughoudend opstelt bij het opleggen van verplichtingen, dienen klagers nader te onderbouwen waarom er toch sprake is van een mededingingsbeperking die ingrijpen vereist. De NZa zal klagers dus vragen om onderbouwing ten aanzien van de effecten van het gedrag waarover wordt geklaagd. Daarbij moeten klagers niet alleen onderbouwen waarom zij zelf nadeel ondervinden van dit gedrag, maar ook hoe de (ontwikkeling van) effectieve concurrentie op de markt wordt belemmerd – met name met het oog op de belangen van consumenten.

De NZa kan dus zowel naar aanleiding van een aanvraag daartoe, als ambtshalve, een onderzoek openen voor de toepassing van artikel 48 Wmg (opleggen AMM-verplichtingen) en/of 49 Wmg (voorlopige maatregelen). Daarbij gelden de volgende algemene regels:

- **Openbare voorbereidingsprocedure:** de Wmg verklaart de 'uniforme openbare voorbereidingsprocedure' van toepassing op een besluit om op grond van artikel 48 Wmg AMM-verplichtingen op te leggen. Deze procedure is neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zij is niet alleen van toepassing verklaard omdat het opleggen van AMM-verplichtingen zware consequenties heeft voor de AMM-partij zelf, maar ook omdat er veel andere belanghebbenden kunnen zijn. Daarom dient al in eerste aanleg alle relevante informatie te worden verzameld en afgewogen.
- **Voorlopige maatregelen:** de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is niet van toepassing bij spoedeisende gevallen waarbij de NZa op grond van artikel 49 Wmg voorlopige maatregelen kan opleggen als een redelijk vermoeden bestaat van AMM. Dit is om slagvaardiger te kunnen optreden in situaties waar dat noodzakelijk is.

Hieronder wordt de procedure die de NZa hanteert voor het in behandeling nemen van aanvragen geschetst. Daarbij wordt ook ingegaan op de procedurele stappen die de NZa doorloopt om de rechten van de geadresseerden van een AMM-besluit te waarborgen.

7.1.2 Onderzoek op verzoek en belanghebbende criterium

De NZa kan ambtshalve een onderzoek starten ter vaststelling of een marktpartij beschikt over AMM en, als dit het geval is, verplichtingen aan deze partij opleggen. Daarnaast behandelt de NZa verzoeken om toepassing van artikel 48 en/of 49 Wmg. Voor dergelijke verzoeken heeft

de NZa een meldpunt ingesteld (e-mail:informatielijn@nza.nl)¹¹¹. Verzoeken aan dit meldpunt zijn vormvrij en kunnen daarom anoniem of niet-anoniem, telefonisch, per e-mail, per fax of per post worden ingereikt.

Voor de behandeling van een verzoek om toepassing van artikel 48 en/of 49 Wmg is belangrijk of formeel gezien sprake is van een 'aanvraag' in de zin van de Awb. Als een verzoek aangemerkt moet worden als een aanvraag brengt dit namelijk bepaalde rechten voor de klager en bepaalde plichten voor de NZa met zich mee. Zo is de NZa in dat geval verplicht om een formeel besluit te nemen en de beklaagde hiervan een afschrift te sturen. De NZa neemt een verzoek als aanvraag in behandeling als aan drie voorwaarden is voldaan. Er moet sprake zijn van:

- een belanghebbende partij
- toepasselijkheid van artikel 48 en of 49 Wmg
- een bepaald minimum aan informatie.

Op deze criteria wordt hieronder kort ingegaan.

- **Belanghebbenden:** Er is sprake van een aanvraag als de verzoeker een belanghebbende is. Als geen sprake is van een belanghebbende kan de NZa het verzoek in beginsel afwijzen. Het begrip belanghebbende speelt ook later in de procedure een rol (zie ook hierna onder 8.2.). Artikel 1:2, eerste lid, Awb verstaat onder belanghebbende degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Onder bepaalde voorwaarden kunnen ook rechtspersonen als belanghebbende beschouwd worden (1:2, derde lid, Awb). Naast de criteria uit de Awb is voor de NZa artikel 105 Wmg van belang. Hieruit volgt dat op landelijk niveau werkzaam zijnde consumenten- en consumentenorganisaties als belanghebbend worden aangemerkt met betrekking tot besluiten waarbij consumenten of consumenten belanghebbend kunnen zijn. De NZa moet van geval tot geval bekijken of aan deze criteria is voldaan.
- **Artikel 48 en/of 49 Wmg is van toepassing:** Het is van belang dat het verzoek ook daadwerkelijk binnen de reikwijdte van artikel 48 Wmg valt. Deze reikwijdte is bijvoorbeeld beperkt tot zorgverzekerings- zorgverlenings- en zorginkoopmarkten.
- **Informatieverstrekking:** de NZa behandelt een aanvraag ten slotte alleen als daarvoor een bepaald minimum aan informatie beschikbaar is. Een aanvraag op grond van artikel 4:2 Awb kan niet anoniem plaatsvinden (een tip of een melding kunnen wél anoniem zijn). Daarom moet minimaal voldaan worden aan de eisen van artikel 4:2 Awb:
 - De aanvraag wordt ondertekend en bevat ten minste:
 - de naam en het adres van de aanvrager
 - de dagtekening
 - een aanduiding van de beschikking die wordt gevraagd.

¹¹¹ Nederlandse Zorgautoriteit, t.a.v. Informatielijn / AMM, Postbus 3017, 3502 GA Utrecht.

- De aanvrager verschaft voorts de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij of zij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Daarbij moet duidelijk zijn over welke partij geklaagd wordt en welk gedrag (welke vorm van (potentieel) misbruik van marktmacht) van die partij reden tot klagen is.

Hieronder wordt nader ingegaan op de uniforme voorbereidingsprocedure.

7.2 Uniforme voorbereidingsprocedure

Op grond van artikel 48, tweede lid, Wmg is afdeling 3.4 Awb van toepassing. Dit betekent dat de NZa de uniforme voorbereidingsprocedure dient toe te passen op de voorbereiding van besluiten waarbij AMM-verplichtingen, kunnen worden opgelegd aan zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars, die beschikken over AMM. De procedurele waarborgen worden hieronder toegelicht.

7.2.1 Inzagerecht

De NZa dient op grond van artikel 3:11 jo 3:16 Awb het ontwerp van het te nemen AMM-besluit, met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp, gedurende een periode van zes weken ter inzage te leggen. Hieruit volgt dat eenieder inzagerecht heeft in het ontwerpbesluit en het dossier dat daaraan ten grondslag ligt.

Niet alle mogelijke dossierstukken worden ter inzage gelegd: alleen stukken, die als grondslag dienen van het ontwerpbesluit. Dit zijn uitsluitend de relevante, op de specifieke zaak zelf betrekking hebbende stukken. Vertrouwelijke stukken kunnen op grond van artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) niet ter inzage worden gelegd door de NZa. Ten slotte dient de NZa ter inzage gelegde stukken aan te vullen met nieuwe relevante stukken en gegevens (artikel 3:14 Awb).

7.2.2 Algemene kennisgeving van het ontwerpbesluit

Op grond van artikel 3:12 Awb kan de NZa de terinzagelegging van het ontwerpbesluit aankondigen in schriftelijke nieuwsmedia of op een andere geschikte wijze. Omdat de NZa een zelfstandig bestuursorgaan is dat valt onder de centrale overheid (het Rijk), dient hij een dergelijk ontwerpbesluit in ieder geval (ook) te publiceren in de Staatscourant. Deze kennisgeving dient om dat deel van het publiek te bereiken dat redelijkerwijs betrokken moet worden bij de besluitvorming.

In de kennisgeving van het ontwerpbesluit wordt vermeld:

- waar en wanneer de stukken ter inzage zullen liggen
- wie in de gelegenheid worden gesteld om zienswijzen naar voren te brengen
- hoe dit gedaan kan worden
- als artikel 3:18, tweede lid Awb is toegepast om de beslistermijn te verlengen: de termijn waarbinnen het besluit zal worden genomen (zie ook paragraaf 8.2.5. hieronder).

7.2.3 Persoonlijke kennisgeving aan belanghebbenden en aanvrager

Voorafgaand aan de terinzagelegging stuurt de NZa het ontwerpbesluit aan de belanghebbenden toe. Ook de aanvrager (vaak ook te beschouwen als belanghebbende) ontvangt het ontwerpbesluit van de NZa. Ook bij deze toezending doet de NZa de procedurele mededelingen die hiervoor zijn omschreven bij de algemene kennisgeving van het ontwerpbesluit.

7.2.4 Schriftelijke en mondelinge zienswijzen belanghebbenden

Op grond van artikel 3:15 jo 3:12, derde lid, Awb stelt de NZa belanghebbenden in de gelegenheid om naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze op het ontwerpbesluit naar voren te brengen (zij kunnen ook kiezen dit zowel mondeling als schriftelijk te doen). Als een aantal belanghebbenden kiest om mondeling hun zienswijze naar voren te brengen, kan de NZa hiertoe een openbare hoorzitting organiseren. De NZa is hiertoe niet verplicht. Van mondeling ingediende zienswijzen, binnen of buiten het kader van een hoorzitting, maakt de NZa een verslag.

De NZa kan naast belanghebbenden ook anderen de gelegenheid geven om een zienswijze over het ontwerpbesluit naar voren te brengen. Als het een besluit op een aanvraag betreft, stelt de NZa de aanvrager zo nodig in de gelegenheid te reageren op de naar voren gebrachte zienswijzen. Indien het een besluit tot wijziging of intrekking van een besluit betreft, stelt de NZa degene tot wie het oorspronkelijke besluit is gericht zo nodig in de gelegenheid te reageren op de naar voren gebrachte zienswijzen (3:15, vierde lid, Awb).

Partijen dienen hun zienswijze binnen zes weken (met ingang van de dag waarop het ontwerpbesluit ter inzage is gelegd) naar voren te brengen.

7.2.5 Toepassen AMM op klachten van individuele consumenten

Toepassing van het AMM-instrument ter bescherming van individuele consumenten ligt in eerste aanleg niet voor de hand, omdat eerst geprobeerd zal worden door algemene maatregelen en door het bevorderen van daadwerkelijke mededinging de consument te beschermen. Hier wordt dus op getoetst wanneer een individuele consument als belanghebbende zelf een klacht over een mogelijke AMM-partij indient. Het is echter niet uitgesloten dat op basis van een dergelijke klacht uiteindelijk toch AMM maatregelen worden genomen, als:

- (i) de eerder genoemde algemene maatregelen, en
- (ii) AMM maatregelen ter voorkoming van uitsluiting (binnen de voor AMM maatregelen geldende termijn van drie jaar)

niet het gewenste effect zullen kunnen sorteren.

Het spreekt voor zich dat maatregelen waar grote aantallen consumenten mee geholpen kunnen worden voorrang hebben op het individuele geval – uiteindelijk is het de expliciete opdracht van de NZa om voorrang te geven aan het algemene consumentenbelang – en dat als ernstiger ingeschatte individuele gevallen voorrang hebben op als minder ernstig ingeschatte gevallen. De NZa zal, na hier meer ervaring mee te hebben opgedaan, mogelijk beleidsregels ter zake bekend maken.

7.2.6 Beslistermijnen van de NZa

De NZa hanteert de beslistermijnen van artikel 3:18 Awb. Dit betekent voor een besluit op aanvraag dat de NZa zo spoedig mogelijk en in beginsel uiterlijk binnen zes maanden na ontvangst van de aanvraag, een besluit neemt. Waar nodig kan de NZa op grond van artikel 3:18, tweede lid, Awb, een andere, langere beslistermijn hanteren. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer bij AMM-zaken een uitvoerig marktonderzoek nodig is. Deze langere termijn dient wel proportioneel te zijn en voordat de NZa besluit de beslistermijn te verlengen, moet hij de aanvrager in de gelegenheid stellen zijn zienswijze hierover naar voren te brengen.

Ook voor een besluit om een AMM-besluit in te trekken of te wijzigen gelden afwijkende beslistermijnen: dit dient namelijk genomen te worden binnen twaalf weken na de ter inzagelegging van het ontwerpbesluit.

7.2.7 Aard van de opgelegde verplichtingen

De in hoofdstuk 6 opgenomen schema's zijn vanzelfsprekend een vereenvoudiging van de werkelijkheid die dient ter verduidelijking van een algemene benadering en de NZa kan hier in concrete gevallen van afwijken. De lijst met mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen is niet limitatief. Ten slotte geeft het schema aan welke instrumenten bij een bepaald mededingingsprobleem in het algemeen het meest logisch zijn, maar in concrete gevallen kan de NZa andere (en/of meerdere) verplichtingen opleggen.

7.2.8 Voorschriften en beperkingen

Op grond van artikel 48, vierde lid, Wmg kan de NZa aan de AMM-verplichtingen die hij oplegt voorschriften en beperkingen verbinden, die nodig zijn voor een goede uitvoering daarvan.

7.2.9 Duur van opgelegde verplichtingen

Artikel 48, vijfde lid, Wmg bepaalt dat de NZa een verplichting voor een periode van maximaal drie jaar (gerekend vanaf de datum waarop de verplichting ingaat) kan opleggen.

De NZa kan binnen deze termijn beslissen de verplichting:

- in te trekken als die niet meer noodzakelijk is
- te wijzigen en/of te verlengen (telkens voor een periode van ten hoogste drie jaar).

Voor een besluit tot intrekking of wijziging (dan wel verlenging) van een AMM-besluit dient weer de uniforme voorbereidingsprocedure gevolgd te worden. Wel gelden een aantal bijzondere bepalingen bij dit soort besluiten, zoals artikel 3:15, vierde lid, Awb en een afwijkende beslistermijn (3:18 Awb).

7.3 Handhaving AMM-besluit

Als een AMM-partij de verplichtingen die de NZa heeft opgelegd niet nakomt, kan de NZa het nakomen van deze verplichtingen afdwingen.

De verschillende sancties zijn onder te verdelen in sancties gericht op herstel van de overtreding (reparatoire sancties) dan wel op het bestraffen van de overtreding (punitieve sancties).

- **Reparatoire sancties:** de reparatoire sancties waarover de NZa beschikt, zijn: het geven van een aanwijzing (en, als verzwarende, de openbaarmaking daarvan), het opleggen van een last onder dwangsom of het toepassen van bestuursdwang.
- **Punitieve sanctie:** daarnaast kan de NZa per overtreding van artikel 48, eerste lid, Wmg, als punitieve sanctie een bestuurlijke boete opleggen met een maximum van EUR 500.000 of (als dat meer is) tien procent van de omzet van de onderneming in Nederland.

Voor meer informatie over de sanctie-instrumenten kan het handavingsplan van de NZa worden geraadpleegd, dat zal worden gepubliceerd op de website van de NZa.

7.4 Opleggen voorlopige maatregel

Op grond van artikel 49, eerste lid, Wmg kan de NZa, als zij een redelijk vermoeden heeft dat zij tot een besluit op basis van artikel 48 Wmg zal komen waarin het bestaan van AMM wordt vastgesteld en verplichtingen worden opgelegd, in spoedeisende gevallen daarop vooruitlopen en als voorlopige maatregel een of meer van deze verplichtingen op leggen. (Dit betekent dat de uniforme voorbereidingsprocedure in dit geval niet wordt toegepast.) De NZa dient hierbij de eisen van proportionaliteit in acht te nemen (49, tweede lid, Wmg). Verder kan de NZa voorschriften en beperkingen verbinden aan voorlopig opgelegde verplichtingen (49, tweede lid, Wmg).

De duur van de voorlopige verplichtingen is gesteld op een kortere duur dan de drie jaar van artikel 48 Wmg, namelijk maximaal 12 maanden. De MvT bij artikel 49 Wmg (tweede nota van wijziging) zegt hierover het volgende:

'Om aanmerkelijke marktmacht vast te stellen wordt de openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht gevolgd. Die procedure kan enige tijd in beslag nemen. Partijen hebben dan de kans om te anticiperen op de mogelijke oplegging van een verplichting. Gedurende de voorbereiding kunnen op die wijze onomkeerbare situaties worden gecreëerd. Dat is niet wenselijk. Derhalve is het noodzakelijk dat de NZa in uitzonderlijke en spoedeisende gevallen een verplichting op kan leggen die die ongewenste onomkeerbare situatie voorkomt. De oplegging moet uiteraard proportioneel zijn. Daarom lijkt me een periode van ten hoogste zes maanden in eerste instantie voldoende. Dan moet een nieuwe beoordeling plaats vinden of de verplichting (met ten hoogste zes maanden) moet worden verlengd.'

De NZa moet haar besluit tot het opleggen van een voorlopige maatregel motiveren. Belanghebbenden kunnen bezwaar indienen bij de NZa en beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Bezwaar of beroep heeft geen schorsende werking van het besluit van de NZa tot gevolg. Eventueel kan de belanghebbende een voorlopige voorziening bij het CBB vragen. De regels tot handhaving van artikel 48 zijn van overeenkomstige toepassing op deze spoedeisende voorziening.

De NZa kan alleen een voorlopige maatregel opleggen als dit onmiddellijk noodzakelijk is vanwege een spoedeisend belang teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de consument te beschermen. De NZa toetst een voorlopige maatregel aan de eisen van

proportionaliteit. Daarbij moet van geval worden beoordeeld of sprake is van een spoedeisend belang (onomkeerbare gevolgen). Verder beoordeelt de NZa of er een redelijk vermoeden van aanmerkelijke marktmacht is.

Er is sprake van een spoedeisend belang als zowel:

- verwacht wordt dat de tijd benodigd voor een normale procedure tot gevolg zal hebben dat de dan te treffen maatregel niet meer het beoogde resultaat zal kunnen hebben
- de publieke belangen (toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit) en/of de belangen voor de bevordering of instandhouding van de daadwerkelijke mededinging hierdoor in ernstige mate worden getroffen.

Als het tijdsbeslag van de reguliere procedure (zeer) nadelige neveneffecten heeft, is het dus mogelijk om een voorlopige maatregel op te leggen. Het valt te verwachten dat het definitief vaststellen van een AMM-positie tijdrovend zal zijn. Met een voorlopige maatregel kan de NZa dan toch snel optreden. Dit kan nodig zijn als de beoogde marktwerking of de positie van op zich efficiënte marktpartijen anders onomkeerbare schade lijdt.

Daarnaast zal sprake moeten zijn van een redelijk vermoeden dat sprake is van een AMM-positie. De voorlopige maatregel zal dan ook gebaseerd zijn op een voorlopige marktafbakening en een voorlopige inschatting van de positie van betrokken partij(en).

Zowel een (ambtshalve geïnitieerd) onderzoek als gevolg van monitorwerkzaamheden als een klacht (aanvraag) of melding kan aanleiding tot het opleggen van een voorlopige maatregel zijn. Het is logischerwijs noodzakelijk dat de NZa ten aanzien van een verzoek om voorlopige maatregelen voortvarend een voorlopig besluit voorbereidt en aan de betrokken partijen voorlegt.

7.5 Rechtsbescherming

Belanghebbenden kunnen tegen een regulier AMM-besluit op basis van artikel 48 Wmg rechtstreeks in eerste en laatste instantie beroep aantekenen bij het CBB: omdat het AMM-besluit is voorbereid met toepassing van de uniforme voorbereidingsprocedure is de bezwaarprocedure niet van toepassing. De uniforme voorbereidingsprocedure geldt niet voor een besluit waarbij voorlopige maatregelen worden opgelegd op basis van artikel 49 Wmg, zodat daartegen wel eerst bezwaar openstaat.

Zoals eerder genoemd kan de NZa als zij vaststelt dat een AMM-partij de aan hem opgelegde verplichtingen niet naleeft, handhavingsinstrumenten inzetten zoals:

- een aanwijzing
- bestuursdwang
- een last onder dwangsom
- een boete.

Tegen deze handhavingsbesluiten moeten belanghebbenden, voordat zij beroep aantekenen bij het CBB, wel eerst een bezwaarschrift indienen bij de NZa. Alleen bij een boete moet (omdat het geen reparatoire maar een punitieve sanctie betreft) bovendien eerst beroep worden aangetekend

bij de Rechtbank Rotterdam, voorafgaand aan hoger beroep bij het CBB (artikel 106 Wmg).

Tabel 4: overzicht rechtsbescherming AMM

Type besluit / rechtsgang	Bezwaar	Beroep	Hoger beroep
Vaststellen AMM en verplichtingen	Niet nodig	Bij CBB	Niet mogelijk
Handhavingsbesluiten en voorlopige maatregelen	Bij NZa	Bij CBB	Niet mogelijk
Boetebesluiten	Bij NZa	Bij Rechtbank Rotterdam	Bij CBB

BIJLAGE 1: Verklarende woordenlijst

Aanmerkelijke Marktmacht (AMM)	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: zijn concurrenten; ziektekostenverzekeraars, als het een zorgaanbieder betreft; zorgaanbieders, als het een ziektekostenverzekeraar betreft of consumenten.
Algemene (generieke) verplichtingen	Door NZa op te leggen verplichtingen aan alle partijen op een bepaalde markt, gericht op het oplossen van algemeen geconstateerd marktfalen in die bepaalde markt.
Bundeling	Zie 'koppelverkoop'
Beneden gelegen markt / Downstream	Een productmarkt die benedenwaarts (downstream) ligt in de productiekolom ten opzichte van een bepaalde andere productmarkt. Bijvoorbeeld: een detailhandelsmarkt ligt benedenwaarts ten opzicht van een groothandelsmarkt.
Boven gelegen markt / upstream	Een productmarkt die bovenwaarts (upstream) ligt in de productiekolom ten opzichte van een bepaalde andere productmarkt. Bijvoorbeeld: een groothandelsmarkt ligt bovenwaarts ten opzicht van een detailhandelsmarkt.
Excessieve tarieven	Zie 'te hoge prijzen'
Exclusiviteits-beding	Een beding dat een partij het alleenrecht heeft op iets (bijvoorbeeld exclusieve levering van een product).
Gelijk speelveld (level playing field)	Marktcondities die ervoor zorgen dat de aanwezige aanbieders op de markt eerlijke kansen krijgen.
Getrouwheids-korting:	Een korting die niet alleen is gebaseerd op kostenbesparingen, maar ook op loyaliteit. Van een getrouwheidskorting gaat een stimulerende werking uit die de getrouwheid van afnemers bewerkstelligt, waardoor de markt kan worden afgesloten voor concurrenten van de gevestigde onderneming.
Inkoopmacht	De macht die een onderneming die inkoopt heeft om voor haar gunstige prijs, kwaliteit en andere voorwaarden te bedingen bij leveranciers.
Koppelverkoop ('bundeling')	Verkoop waarbij de koper van een artikel verplicht is ook een ander artikel te kopen.
Level playing field	Zie 'gelijk speelveld'
Marktaandeel	Aandeel van een onderneming in de totale afzet of omzet van een bepaald soort product of dienst op een bepaalde relevante product- en geografische markt.
Marktafbakening	De economische analyse die leidt tot het bepalen van de relevante product- en geografische markt, teneinde vast te stellen met welke concurrentiedruk betrokken ondernemingen worden geconfronteerd.
Proportionaliteit	Geschikt en noodzakelijk voor de verwezenlijking

	van de legitieme doelstellingen. Met betrekking tot de op te leggen verplichtingen in AMM-zaken: opgelegde verplichtingen dienen geschikt en noodzakelijk te zijn om een gelijk speelveld te creëren of de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de zorg te verbeteren.
Relevante geografische markt	De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen werkzaam zijn en waar de concurrentievoorwaarden voldoende gelijk zijn en duidelijk verschillen van de concurrentievoorwaarden in aangrenzende gebieden.
Relevante productmarkt	De relevante productmarkt omvat de goederen en/of diensten, die de gebruiker als substitueerbaar beschouwt op grond van productkenmerken, prijs en beoogd gebruik. Bepalend voor de afbakening van de relevante productmarkt zijn onder meer de fysieke en technische karakteristieken van de goederen of de aard van de diensten, prijsverhoudingen en reacties van afnemers op prijswijzigingen.
Risicoanalyse	Eerste analyse bij binnenkomst AMM-melding om vast te stellen of er problemen (te verwachten) zijn met betrekking tot de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging die nader onderzoek voor de inzet van het AMM-instrument vergen.
Roofprijzen	Vraagprijs die tijdelijk onder de kostprijs ligt, bedoeld om een concurrent uit de markt te drukken.
Specifieke verplichtingen	Door NZa op te leggen verplichting aan een onderneming met een AMM-positie, gericht op het voorkomen of oplossen van een (potentieel) mededingingsprobleem dat het gevolg is van die betreffende AMM-positie.
Tariefregulering	In het kader van AMM-verplichtingen: de verplichting tot het vaststellen van tarieven volgens een door de NZa bepaalde methode.
Te hoge prijzen (excessieve tarieven)	Er is sprake van een te hoge prijs wanneer een onderneming met AMM een aanmerkelijk hogere prijs hanteert dan de prijs die in een situatie van voldoende, daadwerkelijke en normale mededinging tot stand zou zijn gekomen.
Toetredingsdrempels	De mate waarin toetreding tot de relevante markt wordt bemoeilijkt door bijvoorbeeld schaalvoordelen, investeringskosten, milieurestricties, beperkte beschikbaarheid van geschikte of goede locaties en wettelijke en technische belemmeringen.
Uitbuiting ('exploitation')	Gedragingen waarbij een AMM-positie wordt gebruikt om voordelen te behalen die in normale marktomstandigheden niet behaald zouden kunnen worden. Een voorbeeld hiervan is het hanteren van excessieve tarieven.
Uitsluiting ('exclusion', 'foreclosure')	Hierbij versterkt de onderneming met een AMM-positie haar eigen positie verder, door die van haar concurrenten op een oneigenlijke manier te verzwakken of toetreding te bemoeilijken. Een voorbeeld hiervan is het hanteren van roofprijzen.
Verkoopmacht	De macht die een onderneming die verkoopt heeft om voor haar gunstige prijs, kwaliteit en andere voorwaarden te bedingen bij afnemers.
Wurgprijzen	Als een verticaal geïntegreerde onderneming met

	een AMM-positie op groothandelsniveau een dermate hoge prijs en op detailhandelsniveau een dermate lage prijs vraagt, dat partijen die voor hun inkoop op groothandelsniveau op deze AMM-partij zijn aangewezen, op detailhandelsniveau niet met haar kunnen concurreren.
--	---

BIJLAGE 2: Overzicht raakvlakken taken NZa – NMa

NMa	NZa	Overlap
Beoordelen concentratiemeldingen in de zorgsector (bestaan of versterken van een economische machtspositie, Hoofdstuk 5 Mw): toets van <i>marktstructuur</i> vooraf (preventieve toets).	Opleggen specifieke maatregelen aan AMM-partijen op de zorgverzekerings- zorgverlenings- en zorginkoopmarkt (art 46-49 Wmg): preventieve toets van <i>gedrag</i> .	Vaststellen van economische machtspositie (inclusief marktafbakening).
Onderzoek, toezicht en handhaving van misbruik economische machtspositiezaken (24 Mw) in de zorgsector: toets <i>gedrag</i> achteraf (repressieve toets).	Opleggen specifieke maatregelen aan AMM-partijen op de zorgverzekerings- zorgverlenings- en zorginkoopmarkt (art 45-49 Wmg): preventieve toets van <i>gedrag</i> . Monitoren van de mate van marktwerking op specifieke zorgmarkten: toets <i>marktstructuur</i> .	Vaststellen van economische machtspositie (inclusief marktafbakening).
Monitoren financiële sector (o.a. zorgverzekeringsmarkt): toets <i>marktstructuur</i> .	Monitoren van de mate van marktwerking op specifieke zorgmarkten; toets <i>marktstructuur</i> .	Marktafbakening. Geen overlap in werkzaamheden wel dezelfde toezichtssubjecten (de verzekeraars).
Onderzoek, toezicht en handhaving van kartelvorming (6 Mw) in de zorgsector: toets <i>gedrag</i> achteraf.	NZa verstrekt informatie aan de NMa bij signalen van kartelvorming in de zorg: Geen toets.	Geen overlap.

Artikel 18 Wmg:

1. De zorgautoriteit en de Nederlandse Mededingingsautoriteit, verder in dit artikel te noemen de mededingingsautoriteit, bevorderen dat belanghebbenden zich bij aangelegenheden waarbij mogelijk sprake is van samenloop van bevoegdheden eerst wenden tot de zorgautoriteit.

2. Van samenloop van bevoegdheden als bedoeld in het eerste lid is sprake in een situatie waarin de mogelijke uitoefening van bevoegdheden van de zorgautoriteit op grond van artikel 48 van deze wet en de mogelijke uitoefening van bevoegdheden van de Mededingingsautoriteit op grond van de Mededingingswet of Europese wet- en regelgeving samenvallen dan wel kunnen samenvallen.
3. De zorgautoriteit past bij mogelijke samenloop van bevoegdheden voor zover mogelijk eerst de bevoegdheden toe die zij op grond van deze wet heeft, alvorens de mededingingsautoriteit de haar ten dienste staande bevoegdheden op grond van de Mededingingswet toepast.
4. De zorgautoriteit richt zich naar de uitleg van begrippen die de mededingingsautoriteit hanteert in het kader van de toepassing van het mededingingsrecht.
5. Van hetgeen bepaald is in het derde lid kan worden afgeweken indien de zorgautoriteit en de mededingingsautoriteit in gezamenlijk overleg tot het oordeel komen dat een aangelegenheid op basis van effectiviteit van het wettelijke instrument of uit efficiëntie of andere overwegingen beter door de mededingingsautoriteit of door de mededingingsautoriteit en de zorgautoriteit gezamenlijk kan worden behandeld.

Samenwerkingsprotocol NZa-NMa (op basis artikel 17 Wmg):

- Afstemmingsafspraken: bij overlap van taken en bevoegdheden zijn in het Samenwerkingsprotocol afspraken gemaakt wie het voortouw heeft.
- Samenwerking: waar geen overlap aanwezig is, worden afspraken gemaakt die samenwerking moeten bevorderen (in verband met efficiency en verlichting administratieve belasting).

BIJLAGE 3: Het consumentenbelang en AMM

Gezien de centrale rol van het consumentenbelang worden de overwegingen dienaangaande in het kader van de toepassing van het AMM-instrument door de NZa, die in dit consultatiedocument zijn verwerkt, hieronder kort en overzichtelijk samengevat.

Algemeen consumentenbelang geconcretiseerd in de publieke doelen

Het consumentenbelang in algemene zin staat voor de NZa bij de uitoefening van al haar taken voorop (artikel 3, derde lid Wmg), dus ook bij de toepassing van het AMM-instrument. Dit algemeen consumentenbelang wordt verder geconcretiseerd door middel van de drie publieke belangen die de NZa behartigt:

- toegankelijkheid
- kwaliteit
- betaalbaarheid.

Aan deze kernaspecten van het consumentenbelang zal dus worden getoetst in de context van de toepassing van het AMM-instrument.

Algemeen consumentenbelang als einddoel van daadwerkelijke mededinging

Het AMM-instrument dient om daadwerkelijke mededinging in de zorgmarkten tot stand te brengen. Vanzelfsprekend is daadwerkelijke mededinging geen doel op zich, maar een middel dat dient tot effectieve bevordering van het consumentenbelang in de vorm van het verzekeren van toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid. Dit wordt geconcretiseerd door de toets die de NZa in navolging van de recente jurisprudentie van het CBB¹¹² aanlegt: er wordt niet alleen gekeken naar de effecten op de mededinging (dus naar de mogelijkheden van concurrenten om daadwerkelijke mededinging te bewerkstelligen), maar nadrukkelijk ook naar de maatschappelijke gevolgen van (de risico's van) gedrag van AMM-partijen.

Deze maatschappelijke gevolgen worden door de NZa vertaald als de gevolgen voor consumenten, geconcretiseerd in de specifieke gevolgen voor toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid. Dit aspect komt in ieder AMM besluit van de NZa expliciet aan de orde.

Consumentenbelang leidend bij AMM-prioriteiten

Hieronder worden de prioriteiten van de NZa ten aanzien van AMM nog expliciet vanuit het perspectief van het consumentenbelang belicht. De keuze van deze prioriteiten wordt overigens ook in de rest van dit consultatiedocument verder onderbouwd.

¹¹² Ten aanzien van het AMM-instrument in de elektronische communicatie.

- **Verkooppmacht:** Het AMM-beleid dat de NZa voorstaat, benadrukt de risico's van verkooppmacht, omdat de consument hier direct de dupe van kan worden via uitbuiting en ook indirect via uitsluiting van concurrenten gevolgd door uitbuiting van de consument. Dit is dus een prioriteit van de NZa.
- **Inkoopmacht:** de NZa ziet inkoopmacht als minder problematisch voor de consument, omdat juist de bedoeling is dat verzekeraars druk uitoefenen op de prijs-kwaliteit verhouding (en daarmee op de onderliggende kosten) van de zorgaanbieders. Dit vooronderstelt wel dat sprake is van voldoende keuze voor de consument op de verzekeringsmarkt en dat de inkoopmacht niet wordt gebruikt om concurrenten uit te sluiten zodat zij leidt tot verkooppmacht op de verzekeringsmarkt. Verkooppmacht van verzekeraars op de verzekeringsmarkt kan immers ook leiden tot uitbuiting van de consument.
- **Uitsluiting:** uitsluiting van concurrenten door partijen met AMM is een prioriteit van de NZa. Door uitsluiting verminderde concurrentie leidt immers tot minder strijd tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars om de gunst van de consument en daarmee tot slechtere toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid. Waar concurrentie tekort schiet kunnen consumenten worden uitgebuit. Met name uitsluiting door misbruik van verkooppmacht moet worden bestreden – omdat deze waarschijnlijker is – maar waar inkoopmacht gepaard gaat met een gebrek aan concurrentie op de verzekeringsmarkt zal hier bijvoorbeeld het gebruik van exclusieve contracten met essentiële zorgaanbieders door de NZa niet worden toegestaan.
- **Uitbuiting:** het benadrukken van het bevorderen van concurrentie als primaire bescherming van het consumentenbelang betekent ook dat uitbuiting als zodanig niet de eerste prioriteit heeft. Waar uitbuiting plaatsvindt zal de NZa in de eerste plaats kijken hoe toetreding en concurrentie op de kortst mogelijke termijn zodanig bevorderd kunnen worden zodat deze op natuurlijke wijze de uitbuiting opheffen. Direct ingrijpen in uitbuiting bijvoorbeeld door prijsregulering van een individuele marktpartij is een uiterste remedie die bijzonder terughoudend zal worden toegepast, bijvoorbeeld bij monopolies op essentiële zorg.

Het consumentenbelang op korte en lange termijn

Evenals in het algemene mededingingsrecht geldt voor de toepassing van het AMM-instrument door de NZa dat er een zekere spanning kan bestaan tussen het consumentenbelang op korte en op langere termijn. Roofprijzen bijvoorbeeld die bedoeld zijn om een concurrent uit de markt te drukken of om toetreding tegen te houden door onder de kostprijs te leveren kunnen op korte termijn plezierig zijn voor consumenten, omdat zij lage prijzen als gevolg hebben. Op langere termijn kan het gevolg echter zijn dat zodra de concurrentie verdrongen is de prijzen tot buitensporige hoogte worden opgetrokken teneinde alsnog de consument uit te buiten. Concurrentie leidt daarentegen op langere termijn tot dynamische efficiency, dus het aanbod van nieuwe producten en diensten, een betere verhouding tussen prijs en kwaliteit en meer keuzevrijheid, zodat de consument daar ook van profiteert.

In overeenstemming met de voorrang die wordt gegeven aan het consumentenbelang zal de NZa ten aanzien van lage prijzen terughoudend optreden. Het optreden van de NZa zal afhankelijk zijn van de vraag of de lage prijzen het gevolg zijn van daadwerkelijke concurrentie aan de kant van de zorgaanbieders, van inkoopmacht aan de kant van de verzekeraars, of het gevolg zijn van het gebruik van AMM om concurrenten uit te sluiten. Alleen in het laatste geval ligt optreden door de NZa voor de hand. In ieder geval zullen afwegingen tussen het algemene consumentenbelang op korte en op lange termijn in de betreffende AMM besluiten van de NZa expliciet gemaakt worden.

AMM op zorgmarkten en de consument

Artikel 46 Wmg omschrijft de drie typen markten waarop het AMM-instrument van de NZa van toepassing is als zorginkoopmarkten, zorgverzekeringsmarkten en zorgverleningsmarkten. Hieronder wordt kort ingegaan op de relatieve relevantie voor het algemene consumentenbelang van de toepassing van het AMM-instrument op deze drie typen markten:

- **Zorginkoopmarkten:** de eerder genoemde prioriteiten ten aanzien van uitsluiting en uitbuiting van de NZa gelden met name de zorginkoopmarkten waar de consument gegeven de zorgverzekeringsplicht niet direct actief is, maar waar de zorgaanbieders en zorgverzekeraars tegenover elkaar staan. De NZa beoogt met deze prioritering de onderhandelingspositie van deze beide partijen op de zorginkoopmarkten in balans te brengen. De NZa vindt dit in eerste aanleg belangrijker dan het bestrijden van AMM op de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt, ook omdat AMM op deze laatste twee typen markten waarschijnlijk minder snel voor zal komen. Op deze wijze, dus door het bevorderen van een gezonde marktstructuur die de consument dient door middel van daadwerkelijke mededinging, wil de NZa het consumentenbelang op lange termijn zeker stellen.

Ten aanzien van de twee markten waarop de consument als individu wél actief is geldt het volgende:

- **Zorgverzekeringsmarkten:** Wat betreft de zorgverzekeringsmarkten geldt een aantal fundamentele wettelijke waarborgen die de consument beschermen. Dit betreft de volgende wettelijke plichten van ziektekostenverzekeraars:
 - de zorgplicht: plicht tot het inkopen van de benodigde zorg (zorgplicht) waar de verzekerde krachtens de wettelijke aanspraken recht op heeft
 - de acceptatieplicht (die werkt als een verbod op risicoselectie)
 - het verbod op premiedifferentiatie
 - de plicht tot het doen van een landelijk aanbod bij meer dan 850.000 verzekerden.

Deze wettelijke garanties van het consumentenbelang in combinatie met het feit dat op de zorgverzekeringsmarkt doorgaans sprake zal zijn van een landelijke markt, garanderen dat de consument voldoende keuzemogelijkheden heeft. Waar dit niet het geval is zal de NZa ook op de zorgverzekeringsmarkt als volgt optreden op basis van AMM:

- Prioritair ten aanzien van uitsluiting (bijvoorbeeld door exclusieve contracten met essentiële zorgaanbieders) en toetreding, om daadwerkelijke concurrentie alsnog op gang te brengen
 - Alleen als uiterste remedie direct ingrijpen in de prijzen en voorwaarden van bijvoorbeeld regionaal over AMM beschikkende verzekeraars om uitbuiting tegen te gaan.
- **Zorgverleningsmarkt:** een aantal mechanismen zorgt ervoor dat AMM-interventie ten behoeve van individuele consumenten op de zorgverleningsmarkt slechts uitzonderlijk aan de orde zal hoeven te zijn:
- Wettelijke garanties universele dienst: voor acute zorg, topreferente zorg en de vergunningsplichtige zorg (ex artikel 2 Wbmv) zal naast invoering van het marktmechanisme op de onderdelen waar dat mogelijk is de voorziening wettelijk gegarandeerd blijven als een universele dienst waar de overheid spreiding zal blijven reguleren, zodat uitbuiting ten aanzien van bijvoorbeeld eerste hulp of intensive care al op voorhand wordt uitgesloten.
 - Afbreken toetredingsdrempels: op deze markten is daarnaast het afbreken van toetredingsdrempels belangrijk om voor daadwerkelijke concurrentie op de zorgverleningsmarkt te zorgen.
 - Druk via zorginkoopmarkt en zorgverzekeringsmarkt: AMM-posities op de zorgverleningsmarkt staan indirect onder druk via de zorginkoopmarkt en de zorgverzekeringsmarkt.
 - Zorginkoopmarkt: Verzekeraars zullen voor hun consumenten afspraken maken en waar nodig op de zorginkoopmarkt druk uitoefenen op zorgaanbieders. Zoals eerder toegelicht wordt AMM op de zorginkoopmarkt aan de verkoopzijde (zorgaanbieders) actief toegepast om zorg te dragen voor een gelijkwaardige onderhandelingsmacht.
 - Zorgverzekeringsmarkt: Omdat zowel de vergoeding van de behandeling als de toegangsrechten tot de zorgaanbieder voor de consument geregeld worden op de zorgverzekeringsmarkt is het onwaarschijnlijk dat zorgaanbieders op de zorgverleningsmarkt AMM genieten, die zij kunnen gebruiken om de consument uit te buiten. Als de zorgverzekeringsmarkt daadwerkelijk concurrerend is (of wordt door het inzetten van AMM op deze markt) zal de concurrentiedruk op deze markt doorwerken op de zorginkoopmarkt en daarmee op de zorgverleningsmarkt.
 - Restitutiepolissen: ook waar restitutiepolissen (eventueel met eigen bijdrage) worden toegepast gaat de NZa er van uit dat in eerste instantie de onderhandelingspositie van de verzekeraar relevant is en zal als de consument voldoende keuze heeft op de zorgverzekeringsmarkt geen prioriteit geven aan optreden. Alleen waar zowel op de zorgverzekeringsmarkt als op de zorgverleningsmarkt sprake is van AMM kan er aanleiding zijn om op te treden, hoewel dan in eerste instantie gekeken wordt in hoeverre het aanpakken AMM op de zorgverzekeringsmarkt al een oplossing biedt.
 - Aanvullende verzekeringen en niet verzekerde zorg: zorg die niet binnen het wettelijk gegarandeerde basispakket valt is in dit

stadium geen prioriteit voor de NZa, gegeven de relatief geringe omvang van deze markten en mede omdat hier in het algemeen minder sprake is van medische noodzaak of urgentie.

AMM als aanvulling op algemene maatregelen ten behoeve van de consument

Hierboven kwamen al enkele algemene wettelijke maatregelen aan de orde die de consument beschermen en relevant zijn in het kader van de toepassing van het AMM-instrument. Hieronder worden nog kort een aantal andere maatregelen genoemd waarbij de NZa betrokken is als toezichthouder en die een impact hebben op de toepassing van het AMM-instrument.

- **Tariefbeheersing:** in de nog gereguleerde markten wordt uitbuiting van de consument voorkomen door tariefbeheersing (vaste prijzen). In markten met gereguleerde tarieven ligt toepassing van het AMM-instrument om de consument tegen uitbuiting te beschermen dan ook minder voor de hand, omdat het risico van buitensporig hoge tarieven als gevolg van AMM hier niet aanwezig is¹¹³.
- **Maatstafconcurrentie:** maatstafconcurrentie op basis van gemiddelde historische prijzen en nog in meerdere mate op basis van gemiddelde kosten plus redelijk rendement, zorgen voor een prijsplafond dat er – gemiddeld – toe leidt dat uitbuiting niet aan de orde is. Bovendien zorgt vooral maatstafconcurrentie op basis van gemiddelde kosten plus redelijk rendement voor concurrentieprikkels omdat alle aanbieders binnen Nederland hierdoor op basis van doelmatigheid met elkaar concurreren. Naast maatstafconcurrentie kan toepassing van het AMM-instrument aan de orde zijn om uitsluiting (bijvoorbeeld door roofprijzen) en uitbuiting tegen te gaan.
- **Algemene transparantievereisten:** de Wmg legt direct een aantal transparantieplichtingen op aan zorgaanbieders en zorgverzekeraars. Paragraaf 4.2 Wmg geeft de NZa daarnaast een aantal bevoegdheden om aanvullende transparantieplichtingen op te leggen aan zorgaanbieders (en, in mindere mate, aan zorgverzekeraars). De NZa zal deze bevoegdheden gebruiken waar marktfalen bestaat (informatieasymmetrie), bijvoorbeeld om minimum eisen op te leggen aan zorgaanbieders om informatie over kwaliteit te verstrekken aan consumenten, zorgverzekeraars en derden die informatie aggregeren en vergelijken. Als laatste redmiddel om de informatieasymmetrie aan te pakken kan de NZa ook zelf (vergelijkende) informatie bekend maken.

¹¹³ Desondanks kan de NZa ook in tariefgereguleerde markten het AMM-instrument inzetten. Dit kan bijvoorbeeld betrekking hebben op koppelverkoop, of waar maximumtarieven gelden in plaats van vaste tarieven, op roof- of wurgprijzen. Als algemene tariefregulering plaatsvindt op basis van maatstafconcurrentie (prijsplafond) ten aanzien van gemiddelde prijzen kan er daarnaast wel nog ruimte zijn voor optreden tegen buitensporige prijzen.



uitbuiting van informatievoorsprong...

- **Bevordering toetreding:** de NZa adviseert de minister over maatregelen om de toetreding te bevorderen in gevallen waar dit wenselijk is om daadwerkelijke mededinging in zorgmarkten tot stand te brengen. Hieronder valt ook het bevorderen grensoverschrijdende diensten. Bijvoorbeeld in grensregio's waar sprake is van zorgaanbieders met AMM zal de meest nabijgelegen potentiële concurrent zich mogelijk over de grens bevinden. Door toetreding van een dergelijke partij te bevorderen kan de AMM-positie worden beperkt.
- **Keuzeondersteuning:** de NZa bereidt maatregelen voor om de consument bewuster te maken van zijn mogelijkheid om een geïnformeerde keuze tussen verschillende zorgaanbieders te maken, alsmede de mogelijkheden van de zorgverzekeraars om een gedifferentieerd aanbod te doen aan consumenten, gebaseerd op selectieve contracten met zorgaanbieders te vergroten. Door consumenten bewust te maken van hun eigen afnemersmacht kan het risico op het ontstaan van een partij met AMM worden verkleind.

Bij het bepalen of een AMM-analyse noodzakelijk is weegt de NZa mee in hoeverre met bovenstaande maatregelen potentiële mededingingsproblemen reeds afdoende worden ondervangen. Bij het toepassen van AMM wordt vervolgens gebruik gemaakt van de eerder aangegeven prioritering.

Toepassen AMM op klachten van individuele consumenten

Toepassing van het AMM-instrument ter bescherming van individuele consumenten ligt in eerste aanleg niet voor de hand, omdat eerst geprobeerd zal worden door algemene maatregelen en door het bevorderen van daadwerkelijke mededinging de consument te beschermen. Hier wordt dus op getoetst wanneer een individuele consument als belanghebbende zelf een klacht over een mogelijke AMM-partij indient. Het is echter niet uitgesloten dat op basis van een dergelijke klacht uiteindelijk toch AMM maatregelen worden genomen, als:

- de eerder genoemde algemene maatregelen, en
- AMM maatregelen ter voorkoming van uitsluiting (binnen de voor AMM maatregelen geldende termijn van drie jaar)

niet het gewenste effect zullen kunnen sorteren.

Het spreekt voor zich dat maatregelen waar grote aantallen consumenten mee geholpen kunnen worden voorrang hebben op het individuele geval – uiteindelijk is het de expliciete opdracht van de NZa om voorrang te geven aan het algemene consumentenbelang – en dat als ernstiger ingeschatte individuele gevallen voorrang hebben op als minder ernstig ingeschatte gevallen. De NZa zal, na hier meer ervaring mee te hebben opgedaan, mogelijk beleidsregels ter zake bekend maken.

Toepassen AMM op klachten van

consumentenorganisaties en meldingen

Ook consumentenorganisaties ('landelijk werkende consumenten- en patiëntenorganisaties') kunnen op basis van artikel 105 Wmg als belanghebbende beschouwd worden en dus een klacht indienen waarin wordt gevraagd om verplichtingen op te leggen aan een AMM-partij. Daarnaast kunnen individuele consumenten of consumentenorganisaties meldingen doen, die door de NZa in kaart gebracht en waar nodig nader onderzocht zullen worden.

BIJLAGE 4: Stappenplan AMM

STAP 0: Signaal komt binnen bij NZa

Op basis van eigen onderzoek en/of klachten/meldingen van derden blijkt dat er mogelijk sprake is van een AMM-geval.

STAP 1: Risicoanalyse (H4)

Het mogelijke AMM-geval wordt onderworpen aan een korte risicoanalyse.

Als uit de risicoanalyse blijkt dat in een concreet geval voldaan wordt aan nummer 1 en/of 2 van de drie hieronder vermelde voorwaarden én aan nummer 3, gaat de NZa over tot de fundamentele AMM-analyse. Er moet sprake zijn van:

1. hoge en aanhoudende toetredingsdrempels
 - structurele belemmeringen;
 - wettelijke of regelgevende belemmeringen;
 - belemmeringen ten gevolge van marktgedrag van gevestigde partijen.
2. een markt die ook op termijn niet naar daadwerkelijke mededinging tendeert
 - Relevante termijn: 3 jaar
 - Daadwerkelijke mededinging vaststellen op basis van 3 parameters:
 - concentratiegraad
 - verhouding tussen prijs en kosten (marge)
 - winstelasticiteit.
3. (A). (verwachte) mededingingsproblemen (B.) die niet (afdoende) kunnen worden opgelost door het opleggen van algemene verplichtingen.
 - A. Verwachte mededingingsproblemen:
 - a. Uitsluiting krijgt meer aandacht dan uitbuiting
 - b. Verkoopmacht krijgt meer aandacht dan inkoopmacht
 - Toepassen marktaandeelcriteria en kader paragraaf 4.5:
 - Verkoopmacht: hoog risico bij zeer ongelijk speelveld: marktaandeel van 55% en individueel inkooptaandeel van de op de markt actieve partijen onder de 25%
 - Verkoopmacht: hoog risico bij ongelijk speelveld en indicaties van gebruik marktmacht: marktaandeel tussen de 25 en 55% + concrete aanwijzing
 - Inkoopmacht: hoog risico bij zeer ongelijk speelveld: inkooptaandeel individuele verzekeraar groter dan 70%, marktaandelen leveranciers beneden de 25%

- Inkoopmacht: hoog risico bij ongelijk speelveld en indicaties van gebruik marktmacht: marktaandeel inkopende partij tussen de 55 en 70% + concrete aanwijzing
- Sterke indicaties voor gebruik marktmacht
- Effecten van de gedraging
- Negatieve gevolgen voor het algemene consumentenbelang

B. Vaststellen dat algemene verplichtingen in dit geval niet afdoende zijn

Conclusie stap 1:

- ⇒ NEE: Zaak niet oppakken; eventueel algemene verplichtingen opleggen
- ⇒ JA: door naar stap 2

STAP 2: AMM-analyse (H5)

Met deze analyse wordt de vraag beantwoord of er in het concrete geval sprake is van AMM. De analyse bestaat uit:

- Marktafbakening: relevante product- of geografische markt
- Is er sprake van individueel of gezamenlijk AMM?
- Is er sprake van AMM aan de inkoop- of aan de verkoopkant?
- Welke mededingingsproblemen doen zich (mogelijk) voor: uitsluiting of uitbuiting?
- Hoe verhouden de bevindingen zich tot de prioriteiten van de NZa?
- Uitsluiting > Uitbuiting
- Verkoopmacht > Inkoopmacht

Conclusie stap 2:

- Er is sprake van AMM, maar geen groot probleem en/of te rechtvaardigen op grond van objectieve rechtvaardiging of efficiencyverweer en/of niet binnen de prioriteiten van de NZa vallend: zaak wordt niet opgepakt.
- Er is sprake van een problematisch AMM dat binnen de prioriteiten van de NZa valt: door naar stap 3.

STAP 3: Besluit wel/niet opleggen verplichting (H6)

Deze stap resulteert in de beslissing om wel of niet een verplichting op te leggen aan de AMM-partij en vervolgens de keuze voor de meest geschikte verplichting. Vragen die beantwoord moeten worden, zijn:

- a. Welke verplichtingen zijn mogelijk van toepassing?
- Hieronder worden de verschillende verplichtingen van artikel 48 van de Wmg in de volgorde van 'licht' naar 'zwaar' behandeld.
- transparantieverplichting
 - non-discriminatieverplichting

- de verplichting om te ontbundelen
- de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding
- de toegangsverplichting
- de verplichting voor een zorgverzekeraar om in zijn overeenkomsten met zorgaanbieders niet een onredelijk hoge capaciteit overeen te komen.
- de verplichting om een openbaar aanbod te doen en in stand te houden
- de verplichting om het openbare aanbod in overeenstemming met door de NZa gegeven aanwijzingen te wijzigen.
- tariefregulering in individuele gevallen zoals omschreven in artikel 48, eerste lid sub (i) Wmg is de zwaarst mogelijke maatregel.
- de verplichting tot het hanteren van een specifiek kostentoerekeningssysteem.
- de verplichting om vooraf aan de NZa bewijzen te overleggen van het voldoen aan de tariefregulering en het toepassen van een specifiek kostentoerekeningssysteem.

b. Welke verplichting is het meest geschikt en proportioneel?

Prioriteiten ingrijpen NZa:

- Effecten zijn vereist voor ingrijpen
- Maatschappelijke gevolgen zijn negatief – het consumentenbelang wordt geschaad (in termen van toegankelijkheid; kwaliteit of betaalbaarheid)
- Verkoopmacht kent meer risico's dan inkoopmacht
- Uitsluiting heeft voorrang boven uitbuiting
- Lagere prijzen zijn in beginsel niet negatief maar positief
- Discriminatie is wenselijk voor keuze en prijsdifferentiatie
- Kruisverbanden (horizontaal of verticaal) tussen geliberaliseerde en gereguleerde markten zijn kwetsbaar

Proportionaliteit:

- Het meest geschikte en meest lichte middel dient te worden gekozen om de gesignaleerde (potentiële) mededingingsproblemen (dat zo serieus is om op te pakken) effectief op te lossen en om concurrentie te bevorderen.

Conclusie stap 3:

De NZa neemt het besluit dat het wel of niet noodzakelijk is om een specifieke verplichting op te leggen om het mededingingsprobleem op te lossen. Vervolgens wordt de meest geschikte en proportionele verplichting gekozen. De NZa zorgt voor heldere communicatie hierover.

Stap 4: Monitoring ontwikkelingen

In deze stap wordt de markt gevolgd door de NZa om te zien of de gewenste ontwikkeling in gang wordt gezet en de gewenste resultaten worden behaald voor wat betreft het gelijke speelveld en de

concurrentie. In de wet is voorzien van een termijn van 3 jaar om het besluit te heroverwegen.

Sanctie

Als de betrokken zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar de hem opgelegde verplichtingen niet nakomt of een aanwijzing (artikel 76 Wmg) niet opvolgt, kan de NZa een sanctie toepassen, in de vorm van bestuursdwang (artikel 80 Wmg) of een bestuurlijke boete (artikel 85 Wmg).

Conclusie stap 4:

De NZa concludeert dat:

- gewenste resultaat bereikt wordt en dat de specifieke verplichting noodzakelijk blijft voor een termijn van nog eens 3 jaar
- gewenste resultaat bereikt wordt en dat de specifieke verplichting niet langer noodzakelijk is
- gewenste resultaat nog niet wordt bereikt binnen de gestelde termijn en dat aanvullende maatregelen noodzakelijk zijn.

BIJLAGE 5: Cure Casus

Om een beeld te geven van de mogelijke overwegingen en stappen van de NZa bij een concrete klacht aangaande AMM, volgt hier een fictief voorbeeld.

Stap 0: Signaal komt binnen bij NZa

In een regio bieden twee aanbieders van medisch specialistische zorg, zorgaanbieder A en zorgaanbieder B, de DBC-X aan. DBC-X kent vrije tariefvorming.

Zorgaanbieder A klaagt bij de NZa dat zorgaanbieder B in dezelfde regio een opvallend laag tarief voor de DBC-X hanteert. Zorgaanbieder A heeft diverse efficiëntieslagen gemaakt, waardoor zijn kosten daalden, maar kan niet opboksen tegen het lage tarief van het zorgaanbieder B. Zorgaanbieder A krijgt steeds minder consumenten binnen voor de DBC-X, sommige verzekeraars hebben hun zorginkoop verplaatst naar het zorgaanbieder B en zorgaanbieder A vreest de DBC-X uiteindelijk te moeten schrappen uit het aanbod. Omdat DBC-X de hoofdmoot vormt van het aanbod van zorgaanbieder A, is het niet ondenkbaar dat zorgaanbieder A zijn deuren geheel zal moeten sluiten.

Zorgaanbieder A stelt dat zorgaanbieder B een AMM-positie in de regio heeft en deze positie misbruikt om DBC-X tegen rooftprijzen aan te bieden, daarmee de klanten bij zorgaanbieder A weg te houden en uiteindelijk zorgaanbieder A van de markt te drukken. Zorgaanbieder A vraagt de NZa hiertegen op te treden op basis van artikel 48 Wmg¹¹⁴.

Stap 1: Risicoanalyse

Ten eerste zal de NZa toetsen of deze zaak in aanmerking komt voor toepassing van het AMM-instrument. Aan de hand van deze toets zal de NZa beslissen de zaak wel of niet verder op te pakken. De volgende elementen kunnen van belang zijn in de eerste overweging van de NZa:

1. Hoge en aanhoudende toetredingsdrempels

De NZa bekijkt eerst op basis van beschikbare gegevens welke mogelijke relevante markt(en) betrokken zijn bij de zaak. Dit zal de NZa doen op basis van kennis die de NZa heeft opgebouwd middels marktmonitors en, in een later stadium, de ervaring met AMM-zaken en NMa-besluiten waarin de NMa reeds zorgmarkten heeft afgebakend. Daarnaast betreft de NZa bij deze eerste analyse de gegevens die de klager zelf naar voren heeft gebracht.

De NMa stelt dat vanuit de vraagzijde – de consument – bezien, ieder specialisme binnen de medisch specialistische zorg in beginsel een eigen relevante markt vormt die niet of nauwelijks substitueerbaar is met een ander specialisme. Vanuit de aanbodzijde bezien kan vanwege mogelijke aanbods substitutie tussen verschillende specialismen, sprake zijn van markten voor groepen van specialistische zorg, zoals bijvoorbeeld de algemene ziekenhuiszorg.

¹¹⁴ Zorgaanbieder A lijkt in haar bestaan bedreigd en het zou gerechtvaardigd kunnen zijn dat de NZa op basis van art. 49 van de Wmg met spoed een verplichting oplegt. Het 'spoed'-element is hier weggelaten om de inhoudelijke stappen en afwegingen, die in de voorbeeldcasus centraal staan, niet onnodig te bemoeilijken.

In de voorbeeldcasus biedt zorgaanbieder A alleen het specialisme Y aan en daarbinnen hoofdzakelijk DBC-X. Er is geen sprake van aanbodsubstitutie tussen specialismen, mogelijk wel binnen het specialisme Y. Zorgaanbieder B biedt veel meer specialismen aan, waaronder ook specialisme Y. Een vraag bij deze casus is of de relevante productmarkt op specialismenniveau of DBC-niveau moet worden afgebakend. Bij twijfel gaat de NZa uit van de smalste benadering¹¹⁵. Aangezien zorgaanbieder A aangeeft wellicht de deuren geheel te moeten sluiten, zou de vraag aan de orde zijn of er op het gebied van het specialisme Y andere aanbieders aanwezig zijn. De aanname in deze casus is dat er geen andere aanbieders voor dit specialisme zijn in de betreffende regio. De geografische markt is onder andere afhankelijk van de reisbereidheid van consumenten. In de voorbeeldcasus gaan we uit van een regionale markt.

Daarnaast is de NZa in eerste instantie het volgende gebleken. Er zijn regelgevende toetredingsbarrières (vergunning WTZi en de daaruit voortvloeiende eisen omtrent gegevensverstrekking en organisatie, BIG-registratie specialisten), bedrijfseconomische startkosten, kosten omtrent het verkrijgen van een contract met een zorgverzekeraar en het leggen van contact met verwijzers en cliënten. Het beschreven gedrag van zorgaanbieder B dat buitensporig lage tarieven hanteert, vormt ook een toetredingsbarrière. Het gedrag kan ervoor zorgen dat concurrenten uit de markt gedrukt worden en nieuwe toetreding ook op langere termijn wordt voorkomen.

De voorgaande scan van de mogelijke relevante markten en overige beschikbare relevante gegevens levert een eerste conclusie op dat er toetredingsbelemmeringen aanwezig zijn.

2. De markt tendeert ook op termijn (drie jaar) niet naar daadwerkelijke mededinging

Het beschreven gedrag van zorgaanbieder B bevordert uittreding van concurrenten. Het agressieve prijsgedrag heeft een afschrikwekkende en belemmerende werking op potentiële toetreders op de relevante markt. Afhankelijk van de hoogte van de regelgevende en bedrijfseconomische toetredingsbarrières, de duur waarop de lage tarieven gehanteerd worden en de hoogte van de kans op herhaling zal toetreding voor langere tijd belemmerd kunnen worden.

3. De (verwachte) mededingingsproblemen kunnen niet (afdoende) worden opgelost door het opleggen van algemene verplichtingen.

(Verwachte) mededingingsproblemen

In de voorbeeldcasus is sprake van verdringing cq. uitsluiting van concurrenten (met mogelijk uitbuiting tot gevolg). De macht van zorgaanbieder B betreft verkoopmacht. Er is derhalve sprake van een gedraging die ernstige gevolgen voor de concurrentie kan hebben.

— Sterke indicaties voor gebruik marktmacht

In de voorbeeldcasus is er een indicatie dat zorgaanbieder B zijn macht gebruikt. In dit geval zou vastgesteld moeten worden of zorgaanbieder B echt te lage tarieven voor de DBC-X hanteert. Een opvallend laag tarief wil nog niet per definitie zeggen dat dit tarief te laag is. Er is sprake van

¹¹⁵ CTG/CTZ, 'Toezichtskader de hoge en te lage tarieven'.

een te laag tarief wanneer een onderneming een tarief hanteert dat lager is dan de gemiddelde variabele kosten. De gemiddelde variabele kosten dienen als een schatting voor de marginale kosten. In een concurrerende markt is het economisch niet zinvol om een tarief lager dan de marginale kosten te hanteren. Dit wordt namelijk op de lange termijn niet terugverdiend. Voor een instelling met aanmerkelijke marktmacht kan het hanteren van een tarief lager dan de marginale kosten wel zinvol zijn, omdat de instelling hiermee andere instellingen uit de markt kan drukken en nieuwe toetreders kan weren. Waardoor de instelling op de lange termijn haar tarieven kan verhogen tot boven het concurrentieniveau. De NZa zou de kostenopbouw van de twee aanbieders in de voorbeeldcasus moeten onderzoeken.

— Effecten van de gedraging

In de voorbeeldcasus zijn er reeds effecten nu zorgaanbieder A minder consumenten krijgt voor een DBC-X. Sommige verzekeraars hebben hun zorginkoop inmiddels al verplaatst van zorgaanbieder A naar zorgaanbieder B. Zorgaanbieder A overweegt de DBC-X uit zijn aanbod te halen en moet zich beraden op zijn toekomst. Nieuwe toetreding wordt belemmerd, met name ook door het afschrikwekkende gedrag van zorgaanbieder B. De nadelige effecten van de gedraging zijn reeds zichtbaar en zullen naar verwachting toenemen.

— Negatieve gevolgen voor het algemene consumentenbelang

In de voorbeeldcasus profiteert de consument tijdelijk van lagere tarieven voor DBC-X. Op termijn zijn er echter bijzonder schadelijke gevolgen te verwachten voor het consumentenbelang. De consument zal beperkt worden in haar keuzemogelijkheid, zeker wanneer zorgaanbieder B als enige in de regio zou overblijven als aanbieder van DBC-X. Door het wegvallen van concurrentiedruk wordt zorgaanbieder B minder gestimuleerd goede kwaliteit voor een goede prijs te leveren en te investeren in nieuwe producten of technieken (innovatie). Er bestaat dan ook een aanzienlijke kans dat zorgaanbieder B zijn tarieven voor DBC-X vervolgens sterk verhoogt. De te behalen overwinst na eliminatie van de concurrenten is namelijk in veel gevallen het voorop gezette doel van de te lage tarieven.

Algemene verplichtingen volstaan niet:

In een competitieve markt kan men met een tarief dat beneden de marginale kosten ligt, de kosten op lange termijn niet terugverdienen. De markt werkt daarin disciplinerend. Kruissubsidie tussen verschillende DBC's maakt een lager tarief voor een bepaalde DBC mogelijk. Om een rooftprijs van de ene DBC te compenseren, zou je overwinst op een of meerdere andere DBC's moeten kunnen maken of moeten interen op je vermogen. Beide zijn niet lang houdbaar in een concurrerende markt. Het ligt niet voor de hand dat de NZa generieke verplichtingen oplegt ten aanzien van de tarieven van DBC's uit het B-segment, waar vrije tariefvorming heerst. Het probleem in de voorbeeldcasus lijkt niet zozeer een generiek probleem, maar een specifiek probleem dat gerelateerd is aan het specifieke gedrag van één partij die mogelijk aanmerkelijke marktmacht heeft. Generieke verplichtingen lijken in dit geval niet te volstaan. Er zal eerder gedacht moeten worden aan specifieke verplichtingen om een level playing field te bevorderen.

Conclusie stap 1

Uit het bovenstaande volgt dat zorgaanbieder B mogelijk AMM heeft op de relevante productmarkt en met rooftprijzen de enige concurrent in de regio probeert te weren en toetreding probeert te voorkomen om vervolgens na eliminatie van de concurrent het tarief voor DBC-X te verhogen (en mogelijk voor andere behandelingen van specialisme Y, als zorgaanbieder A zelfs de deuren geheel zou moeten sluiten). Generieke verplichtingen lijken niet toereikend. De NZa zal deze zaak onderwerpen aan een uitgebreide AMM-analyse.

Stap 2: AMM-analyse

Met deze analyse wordt de vraag beantwoord of er in de voorbeeldcasus sprake is van AMM. De volgende vragen kunnen relevant zijn voor de analyse:

- Marktafbakening: relevante product- of geografische markt
- Is er sprake van individueel of gezamenlijk AMM?
- Welke mededingingsproblemen doen zich (mogelijk) voor?
- Hoe verhouden de bevindingen zich tot de prioriteiten van de NZa?

In de voorbeeldcasus kan het volgende uit de analyse van de NZa blijken:

- Zorgaanbieder B en zorgaanbieder A zijn de enige aanbieders in de regio van specialisme Y en daarbinnen van DBC-X. Het marktaandeel van zorgaanbieder B en zorgaanbieder A, aannemend dat de relevante markt bestaat uit de DBC-X in de regio, is respectievelijk 75% en 25%. Mede op basis van deze gegevens kan blijken dat zorgaanbieder B een individuele AMM-positie heeft.
- Er is sprake van wettelijke en bedrijfseconomische toetredingsbelemmeringen. Deze beoordeelt de NZa als hoog. Uit de analyse blijkt dat het door de aangetroffen toetredingsbarrières mogelijk is voor zorgaanbieder B om na eliminatie van haar enige concurrent haar tarief voor DBC-X sterk te verhogen zonder nieuwe toetreders te hoeven vrezen.
- Na onderzoek van de kostenopbouw en kostenstructuur blijkt inderdaad dat het door zorgaanbieder B gehanteerde tarief voor de DBC-X te laag is. Het tarief dat zorgaanbieder A hanteert bedraagt 102% van zijn gemiddelde variabele kosten. Het tarief van zorgaanbieder B bedraagt 75% van zijn gemiddelde variabele kosten en kan daarmee een rooftprijs worden genoemd. Bovenop de hoge regelgevende en bedrijfseconomische toetredingsbarrières vormt dit buitensporig lage tarief een extra belemmering voor nieuwe toetreders.
- Inzicht in de financiële situatie van zorgaanbieder A laat tevens zien dat als het teruglopende aantal consumenten voor DBC-X doorzet, zorgaanbieder A mogelijk binnen het specialisme Y zal moeten substitueren. Dit zal niet eenvoudig zijn, omdat zorgaanbieder A juist gespecialiseerd is in DBC-X. Omdat zorgaanbieder B ook andere behandelingen binnen specialisme Y aanbiedt en daarvan mogelijk als reactie op de substitutie van zorgaanbieder A de prijs eveneens zal laten dalen, is de verwachting dat zorgaanbieder A binnen een termijn van hooguit een half jaar zijn deuren geheel zal moeten sluiten.

- De consumenten/verzekeraars worden momenteel geconfronteerd met buitengewoon lage tarieven voor de DBC-X: het concurrerende tarief van zorgaanbieder A is al scherp en zorgaanbieder B hanteert nog lagere tarieven. Als de concurrentiedruk op termijn wegvalt, zullen consumenten/verzekeraars te maken krijgen met minder keuzemogelijkheden, hogere tarieven en mogelijk wachtlijsten voor DBC-X en minder innovatie.
- Er is sprake van verkoopmacht van zorgaanbieder B, die via een te laag tarief leidt tot uitsluiting van concurrenten en potentiële toetreders. Na uitsluiting zal zorgaanbieder B mogelijk overgaan tot uitbuiting door haar tarief sterk te verhogen. Dit probleem beoordeelt de NZa als ernstig.

Conclusie stap 2:

Er is sprake van een problematisch geval van AMM dat binnen de prioriteiten van de NZa valt. Het probleem heeft een urgent karakter aangezien zorgaanbieder A bij een ongewijzigde situatie in zijn bestaan bedreigd wordt. De NZa vervolgt haar analyse met de afweging of en zo ja, welke verplichtingen moeten worden opgelegd.

Stap 3: Besluit opleggen verplichting

Deze stap resulteert in de beslissing omtrent de verplichting die de NZa oplegt aan de AMM-partij in dit concrete geval. Vragen die beantwoord moeten worden, zijn:

1. Welke verplichtingen zijn mogelijk o.b.v. Artikel 48 Wmg?
2. Welke verplichting is het meest geschikt en proportioneel?

Het is wenselijk dat er een level playing field wordt gecreëerd zodat gezonde concurrentie plaatsvindt op de markt voor DBC-X. De NZa heeft na onderzoek vastgesteld dat er daadwerkelijk sprake is van een roofterij. Gezien de aard en de ernst hiervan acht de NZa het gerechtvaardigd en proportioneel om aan de AMM-partij de verplichting op te leggen 'tot het vaststellen van de tarieven voor door de NZa aangewezen diensten of leveringen volgens een bepaalde berekeningsmethode' (art 48 Wmg, lid i). Met deze verplichting kan de NZa de prijzen van diensten of producten die niet (meer) worden gereguleerd op grond van paragraaf 4.4 Wmg voor individuele partijen alsnog reguleren. Dit is een uiterste middel. Deze verplichting is nodig als een AMM-partij het zich vanwege het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie kan veroorloven buitensporig hoge (excessieve) of zoals in de voorbeeldcasus buitensporig lage (roof- of wurg)tarieven te hanteren. Aanvaardbare tarieven worden in beginsel bepaald door de onderliggende kosten vermeerderd met een redelijk rendement. Dergelijke kostprijsmodellen schrijven voor hoe (en welke) kosten moeten worden doorberekend en wat de maximale hoogte van de verschillende kostencomponenten is. De NZa kan in dit geval aangeven dat het tarief van zorgaanbieder B niet lager mag zijn dan de gemiddelde variabele kosten van de DBC-X.

Conclusie stap 3:

De NZa neemt het besluit dat het noodzakelijk en proportioneel is om zorgaanbieder B de verplichting op te leggen tot het vaststellen van een tarief volgens een bepaalde berekeningsmethode (art 48 Wmg, lid i) om het mededingingsprobleem op te lossen.

Stap 4: Monitoring ontwikkelingen

In deze stap wordt allereerst gezorgd dat de verplichting wordt nageleefd om het doel van een level playing field te bereiken. Als zorgaanbieder B de opgelegde verplichtingen niet nakomt of een aanwijzing (artikel 76

Wmg) niet opvolgt, kan de NZa een sanctie toepassen, in de vorm van bestuursdwang (artikel 80 Wmg) of een bestuurlijke boete (artikel 85 Wmg).

Vervolgens wordt de markt gevolgd door de NZa om te zien of de gewenste ontwikkeling in gang wordt gezet en de gewenste resultaten worden behaald voor wat betreft het gelijke speelveld en de concurrentie. Verplichtingen gelden voor een periode van 3 jaar, waarna de NZa haar besluit zal heroverwegen. Als binnen deze drie jaar de marktsituatie dermate wijzigt dat het opleggen van een verplichting niet langer noodzakelijk is, kan de NZa beslissen om een verplichting reeds voor het verstrijken van de drie jaar in te trekken.

BIJLAGE 6: Care Casus

Stap 0: signaal komt binnen bij NZa

Voorbeeldcasus:

Bij de NZa komt een klacht binnen van zorgaanbieder A, een verzorgingshuis, die in zijn regio het volgende constateert:

In de regio zijn vier verzorgingshuizen: één verzorgingshuis is van zorgaanbieder A, drie verzorgingshuizen zijn van zorgaanbieder B. Zorgaanbieder B maakt deel uit van een groep waaronder ook de veruit grootste thuiszorginstelling van de regio valt.

Zorgaanbieder A constateert dat zorgaanbieder B cliënten voor wie thuiszorg niet langer voldoende is en die voor verzorging geïndiceerd worden, automatisch doorgeleidt naar zijn eigen verzorgingshuizen en niet wijst op het verzorgingshuis van zorgaanbieder A. Tevens draagt zorgaanbieder A aan dat zij voor een significant deel van zijn nieuwe cliënten afhankelijk is van cliënten die thuiszorg ontvangen van zorgaanbieder B. Ten slotte geeft zorgaanbieder A aan dat hij om deze reden in financiële moeilijkheden verkeert en dat hij van een aanbieder van verzorgingshuishouding in de aangrenzende regio heeft vernomen dat hij om dezelfde reden niet toe wil treden.

Zorgaanbieder A is van mening dat zorgaanbieder B een AMM-positie heeft op het gebied van thuiszorg en zijn positie gebruikt om zijn toch al sterke positie op het gebied van verzorgingshuishouding te versterken en toetreding, dan wel uitbreiding, door concurrenten te voorkomen. Zorgaanbieder A vraagt NZa hiertegen op te treden op basis van artikel 48 Wmg.

Stap 1: Risicoanalyse

Ten eerste zal de NZa toetsen of deze zaak in aanmerking komt voor toepassing van het AMM-instrument. Aan de hand van deze toets zal de NZa beslissen de zaak wel of niet op te pakken. De NZa toetst deze zaak op de volgende criteria:

1. Hoge en aanhoudende toetredingsdrempels

In de voorbeeldcasus zou de NZa een eerste gedachte vormen welke mogelijke relevante markt(en) betrokken zijn bij de zaak. Dit zal de NZa doen op basis van kennis die de NZa heeft opgebouwd middels marktmonitors en, in een later stadium, de ervaring met AMM-zaken en NMa-besluiten waarin de NMa zorgmarkten heeft afgebakend. In de voorbeeldcasus zou voor een eerste scan kunnen worden uitgegaan van een markt voor thuiszorg en een markt voor verzorgingshuishouding, waarbij zorgaanbieder B haar sterke positie op thuiszorg, overhevelt naar verzorgingshuishouding (dit wordt ook wel het 'voorportaal-effect' genoemd¹¹⁶).

Vervolgens zal een eerste scan van de toetredingsdrempels op het gebied van verzorgingshuishouding leiden tot de conclusie dat deze mogelijk hoog en aanhoudend zijn. Zowel uit de monitor extramurale AWBZ-zorg als uit besluiten van de NMa blijken zeker toetredingsdrempels aanwezig

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld het besluit van de NMa van 4 november 2005 in zaak 4212/De Basis - Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium.

te zijn, zowel regelgevende, als door gedrag van marktpartijen¹¹⁷. De belangrijkste toetredingsdrempels zijn het verkrijgen van een contract met het zorgkantoor en het verkrijgen van contact met cliënten en verwijzers. In de onderhavige zaak wordt dit laatste nu juist extra moeilijk door het gedrag van zorgaanbieder B.

2. De markt tendeert ook op termijn (drie jaar) niet naar daadwerkelijke mededinging

Doordat het gedrag van zorgaanbieder B toetreding, dan wel uitbreiding, door concurrenten op het gebied van verzorgingshuiszorg kan belemmeren, kan de concurrentie op de markt ook voor langere termijn beperkt worden.

3. A) de (verwachte) mededingingsproblemen (B) kunnen niet (afdoende) worden opgelost door het opleggen van algemene verplichtingen.

A. (Verwachte) mededingingsproblemen

- Uitsluiting krijgt meer aandacht dan uitbuiting
- Verkoopmacht krijgt meer aandacht dan inkoopmacht

In de voorbeeldcasus is sprake van verdringing cq. uitsluiting van concurrenten op de (beneden gelegen) markt. De macht van zorgaanbieder B betreft verkoopmacht. Er is derhalve sprake van een gedraging die ernstige gevolgen voor de concurrentie kan hebben.

- Sterke indicaties voor gebruik marktmacht

In de voorbeeldcasus is er een indicatie dat zorgaanbieder B zijn macht gebruikt, nu hij cliënten van de thuiszorg uitsluitend doorverwijst naar zijn eigen verzorgingshuizen.

- Effecten van de gedraging

In de voorbeeldcasus zijn er reeds effecten nu de concurrent door de handelswijze van zorgaanbieder B in financiële problemen is geraakt en een potentiële toetreder van toetreding afziet door de handelswijze van B.

- Negatieve gevolgen voor het algemene consumentenbelang

In de voorbeeldcasus zal de consument beperkt worden in haar keuzemogelijkheid, zeker op langere termijn wanneer zich geen concurrenten van zorgaanbieder B op de markt bevinden. Is zorgaanbieder B eenmaal de enige aanbieder van verzorgingshuiszorg in regio X, dan wordt zij tevens niet langer door concurrenten gestimuleerd goede kwaliteit voor een goede prijs te leveren.

B. Algemene verplichtingen volstaan niet:

- Het is wenselijk dat zorgaanbieder B zijn thuiszorgcliënten die naar een verzorgingshuis gaan de vrije keus laat, door hen volledig over alle mogelijkheden voor verzorgingshuiszorg in de regio te informeren.

¹¹⁷ CTZ, Monitor Extramurale AWBZ-zorg, Analyse van de marktontwikkelingen in 2005 en 2006, juni 2006, pagina 30 e.v. Zie bijvoorbeeld ook het besluit van de NMa van 11 augustus 2005 in zaak 4198/Proteion-TML-LvGG, randnummer 44 e.v.

De NZa zou ten einde dit te realiseren, verondersteld dat zorgaanbieder B over AMM beschikt, aan zorgaanbieder B een transparantieplichting kunnen opleggen. Echter, op basis van artikel 39 Wmg kan de NZa ook generieke verplichtingen opleggen aan alle partijen op een bepaalde markt betreffende de informatievoorziening door zorgaanbieders met het oog op de doeltreffendheid, juistheid, inzichtelijkheid en vergelijkbaarheid daarvan.

In de voorbeeldcasus moet worden afgewogen bij welk van deze twee mogelijkheden de minste kosten en de meeste baten opleveren.

Conclusie stap 1:

Uit het bovenstaande volgt dat in het gebied van verzorgingshuishoudelijke verzorging hoge toetredingsdrempels bestaan, waardoor de markt ook op termijn niet naar daadwerkelijke concurrentie tendeert. De handelswijze van zorgaanbieder B levert naar verwachting een ernstig mededingingsprobleem op. Gesteld dat bij het derde criterium uit nadere analyse blijkt dat algemene verplichtingen niet geschikt zijn dan specifieke verplichtingen, dan zal de NZa deze zaak onderwerpen aan het uitgebreide AMM-analyse.

Stap 2: AMM-analyse

Met deze analyse wordt de vraag beantwoord of er in de voorbeeldcasus sprake is van AMM. De analyse bestaat uit:

- Marktafbakening: relevante product- of geografische markt
- Is er sprake van individueel of gezamenlijk AMM?
- Welke mededingingsproblemen doen zich (mogelijk) voor?
- Hoe verhouden de bevindingen zich tot de prioriteiten van de NZa?

In de voorbeeldcasus kan het volgende uit de analyse van de NZa blijken:

- Zorgaanbieder B is actief op de markt huishoudelijke verzorging, op de markt voor persoonlijke verpleging en verzorging thuis en op de markt voor verzorgingshuishoudelijke verzorging in regio X.
- Zorgaanbieder B heeft op deze markten een marktaandeel van 95%, 94%, respectievelijk 70%. Daarnaast blijkt uit de analyse dat op de thuiszorgmarkten sprake is van aanzienlijke toetredingsdrempels, dat zorgaanbieder B onderdeel is van een grote, financieel sterke stichting en een uitzonderlijk sterk imago heeft: hij heeft als enige grote naamsbekendheid in regio X op het gebied van thuiszorg. Op grond van de analyse kan worden geconcludeerd dat zorgaanbieder B in ieder geval over individuele AMM beschikt op beide thuiszorgmarkten in regio X.
- Daarnaast blijkt uit de analyse dat verzorgingshuizen in regio X voor hun cliënten voor een significant deel afhankelijk zijn van cliënten afkomstig uit de thuiszorg. Dit houdt in dat wanneer zorgaanbieder B zijn thuiszorgcliënten niet doorverwijst naar een bepaald verzorgingshuis, dit verzorgingshuis niet voldoende cliënten zal krijgen om rendabel te kunnen functioneren. Op deze wijze is zorgaanbieder B derhalve in staat zijn marktmacht van de thuiszorgmarkten over te hevelen naar de markt voor verzorgingshuishoudelijke verzorging waar zij reeds een belangrijke positie inneemt. Zorgaanbieder B kan met zijn gedrag voorkomen dat concurrenten op het gebied van verzorgingshuishoudelijke verzorging een rendabel bedrijf op

kunnen zetten. Dit leidt tot verdringing van concurrenten en uitsluiting van toetreders.

- Zorgaanbieder B heeft aangedragen dat de verticale integratie en het doorverwijzen van cliënten efficiënt is. Verticale integratie kan zeker efficiënt zijn, dit is echter geen reden de keuzemogelijkheid van cliënten teniet te doen: het is aan de cliënt om te kiezen voor een verzorgingshuis van Zorgaanbieder B of van een van haar concurrenten. De consument dient daar echter wel goed over geïnformeerd te worden. Het niet-verwijzen van cliënten naar concurrenten leidt niet tot kwalitatief betere, goedkopere of toegankelijke zorg. Ten tweede leidt deze handelswijze van zorgaanbieder B op lange termijn tot minder concurrenten op de markt voor verzorgingshuiszorg in regio X. Hierdoor zal er in de toekomst voor de client überhaupt geen keuzemogelijkheid meer zijn.
- Er is sprake van verkoopmacht van zorgaanbieder B, die leidt tot uitsluiting doordat zorgaanbieder B zijn macht overhevelt. Dit behoort tot de prioriteiten van de NZa.

Conclusie stap 2:

Er is sprake van een problematisch AMM dat binnen de prioriteiten van de NZa valt. De NZa vervolgt haar analyse met de afweging of, en zo ja, welke verplichtingen moeten worden opgelegd.

Stap 3: Besluit wel/niet opleggen verplichting

Deze stap resulteert in de beslissing omtrent de verplichting die de NZa oplegt aan de AMM-partij in dit concrete geval. Vragen die beantwoord moeten worden, zijn:

- Welke verplichtingen zijn mogelijk o.b.v. Artikel 48 Wmg?
- Welke verplichting is het meest geschikt en proportioneel?

Het is wenselijk dat zorgaanbieder B zijn thuiszorgcliënten die naar een verzorgingshuis gaan de vrije keus laat door hen volledig over alle mogelijkheden voor verzorgingshuiszorg in de regio te informeren. De NZa zou ten einde dit te realiseren, kunnen volstaan met het opleggen van de lichtste verplichting: een transparantieplichting. Daarbij zou zorgaanbieder B zijn cliënten attent mogen blijven maken op vervolgzorg, maar moet daarbij het aanbod van alle verzorgingshuizen onder de aandacht van cliënten brengen, op juiste, transparante wijze die een goede vergelijking van het gebodene door de cliënt mogelijk maakt.

Conclusie stap 3:

De NZa neemt het besluit dat het noodzakelijk is om een transparantieplichting op te leggen om het mededingingsprobleem op te lossen.

Stap 4: Monitoring ontwikkelingen

In deze stap wordt de markt gevolgd door de NZa om te zien of de gewenste ontwikkeling in gang wordt gezet en de gewenste resultaten worden behaald voor wat betreft het gelijke speelveld en de concurrentie. Verplichtingen gelden voor een periode van 3 jaar, waarna de NZa haar besluit zal heroverwegen. Als binnen deze drie jaar de marktsituatie dermate wijzigt dat het opleggen van een verplichting niet langer noodzakelijk is, kan de NZa beslissen om een verplichting reeds voor het verstrijken van de drie jaar in te trekken.

Als zorgaanbieder B de aan zijn opgelegde verplichtingen niet nakomt of een aanwijzing (artikel 76 Wmg) niet opvolgt, kan de NZa een sanctie toepassen, in de vorm van bestuursdwang (artikel 80 Wmg) of een bestuurlijke boete (artikel 85 Wmg).