

Toelichting op de beleidsregel

Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg

Inhoud

Inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
2. Het begrip AMM	7
2.1 Wat is Aanmerkelijke Marktmacht?	7
2.2 Reikwijdte en begrenzing van het AMM-instrument	7
2.2.1 Toepasselijke zorgmarkten	7
2.2.2 De verhouding van AMM tot generieke Wmg-maatregelen	9
2.2.3 NZa en IGZ: het publieke belang 'kwaliteit'	10
2.2.4 NZa en NMa: de verhouding van AMM tot het algemene mededingingsrecht	10
2.2.4.1 Samenloop bevoegdheden NZa en NMa	10
2.2.4.2 Marktmacht	12
2.2.4.3 Concentraties in de zorg	13
2.2.4.4 Samenwerkingsverbanden en gezamenlijke AMM	13
3. Paragraafsgewijze toelichting	15
3.1 Beoordelingskader van de NZa	15
3.2 De relevante markt	16
3.2.1 Marktafbakeningsmethoden	16
De SSNIP- of hypothetische monopolist test	16
3.2.2 Afstemming met NMa over marktafbakening	17
3.3 Vaststellen AMM	18
3.3.1 Individuele AMM	18
3.3.2 Gezamenlijke AMM	20
3.3.3 Hefboomwerking van marktmacht	22
3.4 Mededingingsproblemen en verplichtingen	22
Catalogus van verplichtingen	24
3.5 Beginsel van proportionaliteit	27
3.5.1 Mededingingsproblemen en proportionaliteit	28
3.5.2 Maatregel geschikt	30
3.5.3 Maatregel noodzakelijk	31
3.5.3.1 Transparantieverplichting	32
3.5.3.2 Gescheiden boekhouding	32
3.5.3.3 Non-discriminatieverplichting	32
3.5.3.4 Redelijke capaciteitsbeslag	33
3.5.3.5 Ontbundeling	33
3.5.3.6 Toegangsverplichting	33
3.5.3.7 Openbaar aanbod	33
3.5.3.8 Tariefregulering	33
3.5.4 Afweging van voor –en nadelen	34
3.6 Inzet AMM-instrument	34
3.7 Artikel 49 Wmg: verplichting in geval van spoed	38
3.8 Procedure	39
3.8.1 Onderzoek ambtshalve of op verzoek	39
3.11.2 Welke informatie is vereist?	40
3.11.3 Procedure totstandkoming AMM-besluit	40

Inleiding

1.1 Aanleiding

Deze toelichting hoort bij de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).

De NZa houdt toezicht op de publieke belangen in de zorg: deze zorg moet kwalitatief goed, toegankelijk en bovendien betaalbaar zijn en blijven voor de consument. Dit consumentenbelang 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 moet zorgaanbieders en verzekeraars stimuleren om te concurreren om de gunst van de consument. Die marktwerking kan tekort schieten als er sprake is van Aanmerkelijke Marktmacht (AMM). Van AMM is sprake als bepaalde zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars in staat zijn zich onafhankelijk van de andere marktpartijen te gedragen, zodat zij hun concurrenten kunnen uitsluiten en/of consumenten kunnen uitbuiten.¹ In dit geval kan de NZa verplichtingen opleggen om hun gedrag te disciplineren. Op deze wijze streeft de NZa naar het scheppen van daadwerkelijke mededinging.

In december 2006 heeft de NZa het consultatiedocument 'Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg' gepubliceerd en haar stakeholders uitgenodigd om daarop te reageren. De resultaten van het consultatieproces leverde de NZa een vruchtbare hoeveelheid informatie op die zij heeft meegewogen bij de vaststelling van de beleidsregel AMM en de toelichting hierop.² Daarbij ging het onder meer om de reacties die betrekking hadden op de wijze van het stellen van prioriteiten, het thema kwaliteit van zorg en de relatie van AMM tot het consumentenbelang.

¹ Zie par. 2.1

² In het consultatiedocument Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg heeft de NZa aangekondigd een visiedocument te zullen publiceren. Genoemde beleidsregel en deze toelichting moeten gezamenlijk beschouwd worden als dat visiedocument. De beleidskeuzes staan in de beleidsregel zelf. De toelichting geeft objectieve uitleg van begrippen en methoden en legt verantwoording af over de keuzes die in de beleidsregel zijn gemaakt.

2. Het begrip AMM

2.1 Wat is Aanmerkelijke Marktmacht?

In een goed werkende zorgmarkt concurreren zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars onderling om de gunsten van consumenten. Een concurrerende omgeving bevordert innovatie, dynamiek en efficiëntie. De consument profiteert van een betere prijs/kwaliteit-verhouding voor zijn producten en van meer keuzemogelijkheden. Voor de maatschappij als geheel heeft concurrentie een welvaartsverhogend effect op korte en lange termijn.

Echter, in de praktijk functioneren markten niet altijd even goed. Een van de oorzaken kan zijn dat een zorgaanbieder of een ziektekostenverzekeraar zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen van zijn concurrenten, zijn wederpartijen op de markt of de consument en dus niet gedisciplineerd wordt door concurrentie. In dat geval is sprake van AMM.

Het begrip AMM wordt toegelicht in paragraaf 4.3 (de artikelen 47 tot en met 49) van de Wmg, getiteld: 'ontwikkeling zorgverzekeringsmarkt, zorgverleningsmarkt en de zorginkoopmarkt'. Artikel 47 Wmg definieert AMM als:

'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.

Het bestaan van AMM in een markt geeft een risico op mededingingsproblemen. Zo kan het mogelijk zijn dat een marktpartij met AMM de prijs-kwaliteitverhouding van zijn diensten verslechtert of (potentiële) concurrenten uit de markt weert door roofprijzen te hanteren. Deze mededingingsproblemen hebben schadelijke gevolgen voor de consument en de maatschappij omdat zij de welvaartsverhogende effecten van (de introductie van) marktwerking in de zorg kunnen beperken of wegnemen.

2.2 Reikwijdte en begrenzing van het AMM-instrument

2.2.1 Toepasselijke zorgmarkten

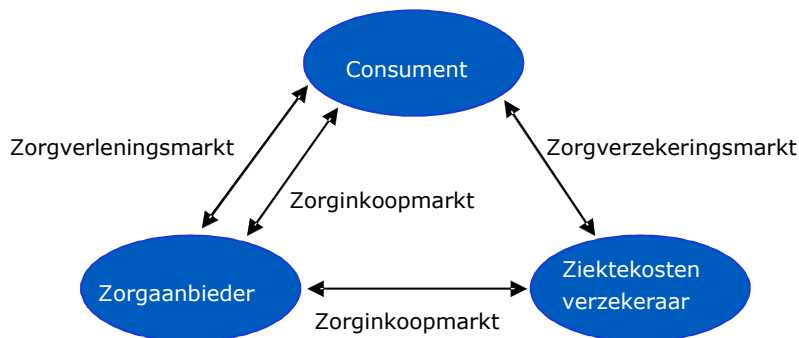
De reikwijdte van de AMM bevoegdheid van de NZa valt samen met de reikwijdte van de Wmg.³ Deze heeft dus betrekking op "zorg" zoals gedefinieerd in de Wmg,⁴ en op alle drie de typen zorgmarkten, ongeacht

³ Reparatiwet VWS 2008, Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 405, nr. 3., p. 3. Om deze reden is artikel 46 Wmg over de reikwijdte van AMM als zijnde overbodig geschrapt. Wet van 12 Juni 2008 tot wijziging van diverse wetten op of in verband met het terrein van VWS, ten einde wetstechnische gebreken te herstellen en andere wijzigingen van ondergeschikte aard aan te brengen (Reparatiwet VWS 2008), Staatsblad 2008, 271, 15 juli 2008.

⁴ Zorg zoals omschreven in Artikel 1 onder b Wmg omvat Zvw zorg, Wlz zorg, en handelingen op het gebied van de gezondheidszorg zoals omschreven in de Wet op de beroepen in de

of zij al dan niet geliberaliseerd zijn. Dit volgt zowel uit de wetsystematiek als uit het opschrift van de paragraaf over AMM in de Wmg.⁵ Voorts blijkt uit de definitie van AMM in artikel 47 Wmg duidelijk dat het moet gaan om een zorgaanbieder of een ziektekostenverzekeraar. Met andere woorden: bij AMM moet het gaan om een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar in de zin van de Wmg die een AMM positie heeft op een markt met betrekking tot zorg in de zin van de Wmg.

Het voorgaande is een nadere specificering van het feit dat uit artikel 47 Wmg volgt dat de NZa AMM-verplichtingen kan opleggen aan zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars, voorzover deze actief zijn op de zorginkoopmarkt, zorgverzekeringsmarkt en zorgverleningsmarkt. Tot deze markten behoren zowel gereguleerde markten als markten die (deels) zijn geliberaliseerd. De samenhang tussen deze drie markten is schematisch als volgt weer te geven:



De NZa beschikt niet over AMM-bevoegdheden voor andere spelers dan zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars en gaat niet over markten buiten de drie hierboven genoemde. Zo hoort bijvoorbeeld de levering van geneesmiddelen door een farmacieproducent aan een apotheker niet tot de hier bedoelde zorgmarkten; de levering van geneesmiddelen van apotheker aan consument wel. Toezicht op andere spelers of markten vindt plaats door de Nederlandse Mededingingsautoriteit op basis van het generieke mededingingsrecht.

Conform de definitie van AMM in artikel 47 Wmg kan de NZa verplichtingen opleggen aan zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars die de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan kunnen belemmeren. Het AMM-instrument ziet in beginsel toe op het grondgebied Nederland en alle daarop actieve (binnen- en buitenlandse) marktpartijen. De NZa heeft geen bevoegdheden waar het markten betreft die uitsluitend buiten Nederland liggen. Deze territoriale afbakening van de bevoegdheid van de NZa, moet echter onderscheiden worden van de wijze waarop geografische marktafbakening een rol kan spelen bij de vaststelling van AMM van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar. In de analyse van AMM kunnen marktpartijen buiten Nederland van belang zijn voor het vaststellen van AMM op een bepaalde markt in Nederland. Immers, bij het afbakenen van de geografisch relevante markt onderzoekt de NZa in welke mate consumenten hun vraag naar de producten of diensten eenvoudig kunnen substitueren door producten te kopen bij aanbieders

individuele gezondheidszorg (wet BIG). Via Artikel 2 Wmg bij AMVB (Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer Wmg) kunnen bepaalde activiteiten hiervan uitgezonderd of hieraan toegevoegd worden..

⁵ Paragraaf 4.3: Ontwikkeling zorgverzekeringsmarkt, zorgverleningsmarkt en zorginkoopmarkt.

elders (zie punt 14 van de beleidsregel AMM). Vooral in de grensgebieden kan deze alternatieve locatie ook vaak in het buitenland liggen. In dat geval zal de NZa de concurrentiedruk afkomstig van deze marktpartijen in het buitenland meenemen in haar analyse van de relevante markt.

Deze paragraaf gaat in op een aantal aspecten van de reikwijdte en begrenzing van het AMM-instrument. Aan bod komt de grens tussen het sector specifieke AMM-instrument en de generieke maatregelen die de NZa op grond van de Wmg kan nemen, de bevoegdheidsverdeling tussen NZa en Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) en ten slotte de bevoegdheidsverdeling tussen NZa en Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: IGZ).

2.2.2 De verhouding van AMM tot generieke Wmg-maatregelen

Naast de bevoegdheid om specifieke verplichtingen op te leggen aan een partij met AMM, voorziet de Wmg ook in de bevoegdheid generieke maatregelen op te leggen aan alle partijen op een markt. De NZa kan op basis van de Wmg generieke regels stellen om markten op gang te brengen. Het gaat hierbij om regels over:
de totstandkoming van overeenkomsten en voorwaarden daarin;
transparante consumenteninformatie;
de administratie van partijen; denk aan kostprij modellen.

Wanneer de NZa algemene, structurele marktbelemmeringen aantreft, kan zij ingrijpen door alle aanbieders of alle verzekeraars op de desbetreffende deelmarkt verplichtingen op te leggen die de concurrentie bevorderen. De NZa kan bij het stellen van algemene regels geen onderscheid maken tussen ondernemingen die op dezelfde deelmarkt opereren. Wanneer de NZa een marktbelemmering aantreft doordat een speler op de markt een AMM-positie heeft, zal de geëigende weg zijn om een specifieke verplichting op te leggen aan de AMM-partij(en). Een generieke maatregel aan alle spelers in de markt zal dan niet het meest effectieve middel zijn om de problemen op te lossen. Hieronder een illustratie hiervan aan de hand van algemene tariefregulering versus specifieke regulering van het tarief van een AMM-partij.

Er is een wisselwerking tussen algemene tariefregulering en ingrijpen in tarieven op basis van AMM. Als er op marktbreed- of systeemniveau sprake is van marktmacht van aanbieders, zonder voldoende compenserende inkoopmacht van de verzekeraars, is algemene tariefregulering aan de orde (bijvoorbeeld op basis van een prijsplafond met maatstafconcurrentie) en geen massale toepassing van het AMM-instrument. In dat geval is de toepassing van AMM beperkt. Als algemene tariefregulering niet volstaat dan is AMM aanvullend in te zetten. Dit is als volgt uit te werken.

Bij vaste prijzen is AMM-regulering ten aanzien van prijzen niet mogelijk (en ook niet nodig) omdat er voor marktpartijen geen vrijheidsgraden bestaan.

Bij de keuze voor een prijsplafond met maatstafconcurrentie gebaseerd op gemiddelde prijzen of kosten, blijft ruimte voor aanvullende toepassing van het AMM-instrument op buitensporig hoge prijzen, roof- en wurgprijzen.⁶

⁶ Een rooftprijs is een vraagprijs die tijdelijk onder de kostprijs ligt, bedoeld om een concurrent uit de markt te drukken. Van een wurgprijs is sprake als een verticaal geïntegreerde onderneming met een AMM-positie op groothandelniveau een dermate hoge prijs en op detailhandelniveau een dermate lage prijs vraagt, dat partijen die voor hun inkoop op groothandelniveau op deze AMM-partij zijn aangewezen, op detailhandelniveau niet met haar kunnen concurreren.

Bij maximumprijzen (die buitensporig hoge prijzen uitsluiten) blijft ruimte voor toepassing van het AMM-instrument op roof- en wurgprijzen. Bij minimumprijzen (die rooftprijzen uitsluiten) blijft ruimte voor toepassing van het AMM-instrument op buitensporig hoge prijzen en wurgprijzen.

2.2.3 NZa en IGZ: het publieke belang 'kwaliteit'

De NZa en de IGZ hebben ieder hun eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden als het gaat om het publieke belang 'kwaliteit'. Zij vullen elkaar op het gebied van kwaliteit aan.

Het invoeren van vraaggestuurde marktwerking, stimuleert zorgaanbieders en verzekeraars te concurreren om de gunst van de consument, niet alleen door een betaalbare prijs te vragen, maar ook door goede kwaliteit te leveren. De NZa beoogt markten te ontwikkelen. Met het AMM-instrument kan de NZa daadwerkelijke mededinging bevorderen tussen de AMM-partij en (potentiële) concurrenten van de AMM-partij. Doordat consumenten meer keuzemogelijkheden krijgen ontstaat een goede prijs-kwaliteitverhouding via de markt.

De NZa kan haar bevoegdheden inzetten om belemmeringen in de marktstructuur of in het gedrag van partijen op de markt weg te nemen. Zo schept de NZa de voorwaarden die de markt prikkelen om te komen tot een goede prijs-kwaliteitverhouding, bijvoorbeeld door het creëren van transparantie. De NZa faciliteert marktcondities die uiteindelijk ten goede moeten komen aan de kwaliteit van zorg voor de consument, maar de NZa gaat niet over de kwaliteit van zorg zelf. De NZa heeft geen bevoegdheden om in een individueel geval in te grijpen in de geleverde kwaliteit. Zo kent artikel 48 Wmg geen verplichtingen die de NZa zou kunnen opleggen aan een partij met AMM die bij gebrek aan concurrentie te weinig prikkels heeft om een dienst of product van voldoende kwaliteit te leveren. De IGZ heeft als taak om toezicht te houden op de kwaliteit van zorg, de veiligheid en toegankelijkheid van de gezondheidszorg en bewaakt de rechten van de patiënt. De NZa volgt de IGZ in haar kwaliteitsoordeel.⁷

2.2.4 NZa en NMa: de verhouding van AMM tot het algemene mededingingsrecht

Met de Wmg heeft Nederland voor de zorgsector een sectorspecifiek mededingingsrecht ingevoerd dat geldt náást het algemene nationale en Europese mededingingsrecht. Het AMM-begrip in de Wmg is geënt op het begrip economische machtspositie uit het algemene mededingingsrecht zoals dit geldt op basis van de Mededingingswet (hierna: Mw) en het EG-Verdrag. Deze paragraaf gaat in op de raakvlakken van de bevoegdheid van de NZa om AMM-verplichtingen op te leggen en het algemene mededingingsrecht, met de NMa als bevoegde toezichthouder. Ook voor de samenwerking tussen de NZa en NMa geldt dat ze elkaar aanvullen.

2.2.4.1 Samenloop bevoegdheden NZa en NMa

Behalve het AMM-regime van de Wmg is ook het generieke mededingingsrecht onverkort van toepassing op de zorgsector. Er kan sprake zijn van samenloop van bevoegdheden van de NMa en de NZa wanneer op een bepaalde casus beide wetten (mogelijk) van toepassing

⁷ Zie artikel 19 Wmg.

zijn. Daarom voorziet artikel 18 Wmg in een voorrangsregel ten opzichte van het algemene nationale mededingingsrecht⁸.

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).

Afwijking van deze voorrangsregel is mogelijk als de NZa en de NMa gezamenlijk vaststellen dat op basis van effectiviteit, efficiency of andere overwegingen de NMa beter het initiatief kan nemen of dat een gezamenlijke behandeling door de NMa en de NZa aangewezen is (artikel 18, vijfde lid, Wmg).

Op grond van artikel 18, vierde lid, Wmg moet de NZa zich 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 gaan de Europese regels boven nationale regels op grond van het Europese mededingingsrecht, inclusief het sectorspecifieke mededingingsrecht van de Wmg. In dergelijke gevallen heeft de NMa – in uitzondering op de regeling in artikel 18 Wmg – voorrang op de NZa teneinde artikel 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 artikel 82 EG-Verdrag).

In onderstaand overzicht staan de raakvlakken van de bevoegdheden die de NZa en de NMa in de zorgsector hebben. Op deze raakvlakken bestaat een nauwe samenwerking tussen de NZa en de NMa (zoals wordt verlangd door artikel 17 en 18 Wmg). De spelregels daarvoor zijn vastgelegd in een samenwerkingsprotocol⁹ en in de werkafspraken over afstemming in concentratiezaken¹⁰.

Tabel 1. Raakvlakken bevoegdheden NZa en NMa

Raakvlak	NZa	NMa
Marktmacht (individueel of gezamenlijk)	Opleggen specifieke maatregelen aan AMM-partijen (art 45-49 Wmg). Preventieve toets van <i>gedrag</i> .	Onderzoek naar, toezicht op en handhaving bij misbruik economische machtspositiezaken (24 Mw) in de zorgsector. Repressieve toets van <i>gedrag</i> .
Beoordelen concentraties	De NZa verstrekt zienswijze.	Beoordelen concentratiemeldingen (ontstaan of versterken van een economische machtspositie, Hoofdstuk 5 Mw)

⁸ Dit heeft 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 kan in concentratie- of kartelzaken zienswijzen aan de NMa verstrekken.

⁹ 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.

¹⁰ Werkafspraken tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit, het College Tarieven Gezondheidszorg/Zorgautoriteit in oprichting (CTG/ZAio) en het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) met betrekking tot concentratiezaken, d.d. 11-04-2006.

Samenwerkingsverbanden	De NZa verstrekt informatie aan de NMa bij signalen over kartelvorming	Onderzoek naar, toezicht op en handhaving bij kartelvorming (6 Mw)
------------------------	--	--

2.2.4.2 Marktmacht

Bij marktmacht kan de ontwikkeling van de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan verhinderd worden (Wmg) of de verhoudingen in stand blijven (Mw). De definitie van AMM op grond van de Wmg is een positie die de mogelijkheid biedt zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers.

De bevoegdheid van de NZa heeft betrekking op zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars (zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Wmg) met AMM. Bij de NMa is dat op basis van de Mw, bij de NZa op basis van de Wmg. De bevoegdheid van de NMa heeft betrekking op ondernemingen (zoals gedefinieerd in artikel 1, onder f van de Mw) met een economische machtspositie.

Bij de analyse van de markten en de beoordeling van AMM hanteert de NZa dezelfde methoden en begrippen als in het algemene Europese en nationale mededingingsrecht: bij beide wordt de mate van marktmacht vastgesteld op een afgebakende relevante markt.¹¹ De uitleg van het AMM-begrip zal daarom moeten meegroeien met de jurisprudentie op het gebied van het algemene mededingingsrecht.

Verskil in bevoegdheid

De NZa is bevoegd tot het opleggen van specifieke verplichtingen die moeten voorkomen dat de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op Nederlandse zorgmarkten of een deel daarvan wordt belemmerd, al voordat misbruik heeft plaatsgevonden (ex ante toezicht). De NMa is bevoegd tot het opleggen van een boete of last onder dwangsom aan ondernemingen die misbruik maken van een economische machtspositie. Het concurrentiebeperkende feit heeft zich in dat geval al voorgedaan (ex post toezicht).

Hierin onderscheiden zich de NZa- en de NMa-bevoegdheden. Ten eerste kan de NZa al verplichtingen opleggen wanneer het concurrentiebeperkende feit zich nog niet heeft voorgedaan, maar zich in potentie zou kunnen voordoen. Dit is in lijn met de opdracht van de NZa om daadwerkelijke mededinging te bevorderen. De NMa daarentegen heeft de opdracht de concurrentie te bewaken en kan dan ook alleen reeds voorgedaan misbruik van een economische machtspositie bestraffen. Ten tweede verschilt de aard van de maatregel: de NMa kan het probleem bestraffen met een boete. De NZa kan het probleem oplossen door een scala aan verplichtingen, variërend van het opleggen van transparantievereisten tot het opleggen van (specifieke vormen) van prijsregulering, inclusief kostenoriëntatie¹².

De bevoegdheid van de NMa betreft alle ondernemingen, de bevoegdheid van de NZa betreft zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars. Dit betekent dat bijvoorbeeld Wlz-uitvoerders onder de toepassing van het AMM-instrument van de NZa vallen, terwijl zij buiten het

¹¹ Art. 18, lid 4, Wmg.

¹² Zie Memorie van Toelichting bij de Wmg, pag. 66: "Aanvaardbare tarieven worden in beginsel bepaald door de onderliggende kosten inclusief een redelijk rendement."

ondernemingsbegrip — en daarmee buiten de toepassing van het algemene mededingingsrecht — blijven.

2.2.4.3 Concentraties in de zorg

De NMa toetst of een voorgenomen concentratie zal leiden tot het ontstaan of de versterking van een economische machtspositie die concurrentie op de Nederlandse markt significant belemmert. Komt de NMa tot de conclusie dat dit het geval is, dan zal zij geen goedkeuring verlenen voor deze concentratie. Partijen mogen dan geen concentratie tot stand brengen. De NMa toetst alleen concentraties boven bepaalde omzeldrempels.

Met deze bevoegdheid kan de NMa voorkomen dat door een concentratie een machtspositie, en derhalve dat er AMM, ontstaat. Een dergelijke positie kan evenwel reeds zijn ontstaan voordat het NMa toezicht van kracht werd¹³, of ontstaan door natuurlijke groei van een onderneming in de loop van de tijd¹⁴. De bevoegdheid van de NZa om verplichtingen op te leggen aan zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars met AMM en de bevoegdheid van de NMa op het gebied van concentratiecontrole zijn complementair aan elkaar.

2.2.4.4 Samenwerkingsverbanden en gezamenlijke AMM

De NMa houdt toezicht op het kartelverbod van artikel 6 Mw. Dit artikel luidt dat overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden zijn. In het geval de NZa in dezelfde markt AMM zou constateren, kan de NZa optreden op basis van artikel 48 Wmg. In een dergelijke situatie zal bekeken worden of het wenselijk is dat beide toezichthouders optreden of dat het optreden van een van de toezichthouders volstaat.

Samenwerking en ketenzorg

Een bijzondere vorm van samenwerking die in de zorgsector veel voorkomt is samenwerking tussen aanbieders van verschillende vormen van zorg; de zogenaamde ketenzorg. Met deze samenwerking willen aanbieders meestal de verschillende vormen van zorg die voor de behandeling van een aandoening nodig zijn op elkaar afstemmen en de kwaliteit en efficiëntie ervan verbeteren. Een goed voorbeeld van zulke samenwerking is de ketenzorg voor diabetespatiënten.

Ketenzorg betreft meestal een samenwerking tussen aanbieders van verschillende producten en zal om die reden niet snel mededingingsbeperkend zijn. Toch kan ketenzorg ook een mededingingsbeperkend effect hebben als het concurrentie belemmert op onderdelen van de keten. Dit kan het geval zijn als een van de betrokken aanbieders een machtspositie op de eigen zorgmarkt heeft. De NZa zal bij de beoordeling van individuele/gezamenlijke AMM de voor- en nadelen die consumenten door de ketenzorg ondervinden meewegen.

¹³ Zo heeft de NMa in januari 2004 voor het eerst een fusie tussen 2 ziekenhuizen getoetst. Daarvoor heeft de NMa zich op het standpunt gesteld dat daadwerkelijke concurrentie tussen ziekenhuizen nog niet mogelijk was door de geldende wet- en regelgeving.

¹⁴ Een voorbeeld hiervan zijn zorggroepen. Zorggroepen zijn groepen van zorgaanbieders die een zorgketen (diabetes, COPD) aanbieden.

3. Paragraafsgewijze toelichting

Dit hoofdstuk geeft een toelichting op de paragrafen van de beleidsregel.

3.1 Beoordelingskader van de NZa

Bij amendement van het wetsvoorstel Wmg is de toepassing van het AMM-instrument uitgebreid naar alle zorgmarkten. AMM is daardoor behalve op de zorginkoopmarkt ook van toepassing op de zorgverzekeringsmarkt en zorgverleningsmarkt¹⁵. Bovendien beperkt de toepassing zich 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 zorgverzekeraars, maar bijvoorbeeld ook op eerstelijnszorgaanbieders en Wlz-uitvoerders.¹⁶

Meer formeel geformuleerd valt de reikwijdte van de AMM bevoegdheid van de NZa samen met de reikwijdte van de Wmg.¹⁷ Deze heeft als zodanig dus betrekking op 'zorg' zoals gedefinieerd in de Wmg¹⁸ en op alle drie de typen zorgmarkten – zorginkoopmarkten, zorgverzekeringsmarkten en zorgverleningsmarkten – ongeacht of zij geliberaliseerd zijn. Dit volgt zowel uit de systematiek van de Wmg als uit het opschrift van de paragraaf over AMM in de Wmg.¹⁹ Verder schrijft de definitie van AMM in artikel 47 Wmg uitdrukkelijk voor dat het een zorgaanbieder of een ziektekostenverzekeraar moet betreffen. Samenvattend betekent dit dat het bij AMM dus moet gaan om een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar in de zin van de Wmg die een AMM positie heeft op een markt met betrekking tot zorg in de zin van de Wmg (duidelijkheidshalve: dus ook zorgverzekeringsmarkten hebben betrekking op zorg in deze betekenis).

Wanneer de NZa besluit om al dan niet een AMM-onderzoek te openen kan zij hierbij prioriteiten stellen (zie paragraaf 3.9.1 Inzet AMM-instrument). Als de NZa een AMM-onderzoek opent, dan kan zij dit onderzoek structureren aan de hand van de onderstaande vragen:

- wat de relevante product- en geografische markt is;
- of op de relevante markt een AMM-positie bestaat;
- of sprake is van (potentiële) mededingingsproblemen ten gevolge van het bestaan van deze AMM-positie;
- of het mogelijk is eerdergenoemde problemen op te lossen door een of meer proportionele verplichtingen aan de AMM-partij op te leggen.

¹⁵ Amendement van kamerlid Heemskerck. Tweede Kamer vergaderjaar 2005-2006, 30186, nummer 23. Dit heeft geleid tot artikel 46 Wmg dat inmiddels om wetsystematische redenen is komen te vervallen, zonder dat daarbij de reikwijdte van de AMM bepalingen is gewijzigd. Reparatiwet VWS 2008, Staatsblad 2008, 271, 15 juli 2008.

¹⁶ Omdat Wlz-uitvoerders 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 Wlz-uitvoerders.

¹⁷ Reparatiwet VWS 2008, Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 405, nr. 3., p. 3.

¹⁸ "Het begrip 'zorg' bepaalt de werkingssfeer van dit wetsvoorstel": Wet marktordening gezondheidszorg, Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr. 3, p. 50. Zorg zoals omschreven in Artikel 1 onder b Wmg omvat Zvw zorg, Wlz zorg, en handelingen op het gebied van de gezondheidszorg zoals omschreven in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (wet BIG). Via Artikel 2 Wmg bij AMVB (Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer Wmg) kunnen bepaalde activiteiten hiervan uitgezonderd of hieraan toegevoegd worden.

¹⁹ Paragraaf 4.3: Ontwikkeling zorgverzekeringsmarkt, zorgverleningsmarkt en zorginkoopmarkt.

Of al deze vragen ook worden onderzocht en beantwoord verschilt per casus. Zoals ook weergegeven in de beleidsregel geldt hierbij het volgende:

- Om een AMM-verplichting op te kunnen leggen, moet de NZa over een redelijk vermoeden beschikken of vaststellen dat op een daartoe afgebakende relevante markt een AMM positie bestaat die leidt tot (potentiële) mededingingsproblemen welke door een of meer verplichtingen op proportionele wijze kunnen worden opgelost. Deze voorwaarden zijn cumulatief: aan ál deze voorwaarden moet dus worden voldaan voordat de NZa AMM-verplichtingen kan opleggen.
- Hieruit volgt dat als de NZa vaststelt dat aan één van deze voorwaarden niet wordt voldaan, zij niet gehouden is om nog andere onderzoeksstappen te zetten, omdat die immers niet meer tot een ander eindresultaat kunnen leiden: er kunnen geen AMM-verplichtingen worden opgelegd. Om dezelfde reden bestaat ook geen dwingende volgorde voor de onderzoeksstappen. Bij een klacht leidt de vaststelling dat aan één van de voorwaarden niet is voldaan tot een afwijzend besluit.

Deze aanpak is gebaseerd op gronden van doelmatigheid en effectiviteit. Hierdoor kan de NZa namelijk zaken die niet tot het opleggen van AMM-verplichtingen zullen kunnen leiden op basis van het daartoe benodigde minimum aan bewijs afdoen zonder dat eerst verder onderzoek wordt gedaan dat feitelijk al overbodig geworden is (maar voor partijen wel belastend kan zijn). Dit levert efficiency-voordelen op voor de NZa, waardoor de NZa de vrijkomende middelen elders kan inzetten. Ook levert dit een voordeel op voor partijen, zij worden met minder administratieve lasten geconfronteerd.

Daarnaast betekent deze werkwijze dat de NZa hierdoor in staat zal zijn om relatief meer zaken inhoudelijk af te doen, in plaats van op basis van prioriteiten. Dit is een voordeel vanuit een perspectief van rechtszekerheid en om partijen inzicht te geven in de werkwijze van de NZa.

3.2 De relevante markt

3.2.1 Markafbakingsmethoden

De NZa kan voor het afbakenen van de relevante markt verschillende (kwalitatieve en kwantitatieve) methoden gebruiken. De inzet van en de keuze voor een methode kan afhankelijk zijn van de beschikbaarheid van gegevens en de toepasbaarheid van de methodes op de desbetreffende markt. Naast de in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie, NZa en OPTA gebruikte methode, kan de NZa ook gebruik maken van nieuw ontwikkelde methodes om de markt af te bakenen.

De SSNIP- of hypothetische monopolist test

De relevante markt kan via de zogenaamde SSNIP- of hypothetische monopolist test afgebakend worden. Via deze methode worden de substitutiemogelijkheden - een belangrijk onderdeel voor de marktafbakening - zowel ten aanzien van de productmarkt als ten aanzien van de geografische markt bepaald. 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 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.

Bij het toepassen van de SSNIP test bestaat een aantal complicerende factoren. Hiermee zal de NZa in beginsel rekening houden bij de marktafbakening.

Cellophane fallacy

De belangrijkste complicatie is de zogenaamde 'cellophane fallacy'. Uitgangspunt bij elke marktafbakening is het onderzoeken van de mogelijkheden tot vraag- en aanbodsubstitutie van de betrokken diensten of producten. Als er sprake is van marktmacht, is het de vraag of het huidige prijsniveau wel de juiste maatstaf is om prijsstijgingen tegen af te zetten. Zo kunnen producten substituten lijken als wordt uitgegaan van hoge monopolieprijzen, terwijl deze producten geen substituten zijn als competitieve prijzen het uitgangspunt zijn. Het toepassen van de SSNIP-test (een hypothetische verdere prijsverhoging) kan dus tot gevolg hebben dat de marktafbakening te ruim is 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.

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.

Regulering

Bijzondere aandacht verdient ten slotte de toepassing van de SSNIP-test op gereguleerde markten. In deze markten komt de prijs niet door concurrentie tot stand, maar stelt de overheid prijzen vast. Hangt deze prijs samen met de kosten, dan kan deze prijs bij de toepassing van de SSNIP-test als uitgangspunt dienen. In andere gevallen kan op basis van kwalitatieve factoren worden vastgesteld wat de potentiële substituten aan de vraag- en de aanbodzijde zijn die mogelijk deel uitmaken van dezelfde markt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de relevante objectieve kenmerken van een product of dienst, zoals de bestemming.

3.2.2 Afstemming met NMa over marktafbakening

Zowel de NMa als de NZa gebruikt in haar analyses van posities van ondernemingen de methode van afbakening van de relevante markt. In zorgzaken vindt dan ook nauw overleg tussen beide instanties plaats. Die samenwerking is geformaliseerd in een samenwerkingsprotocol²⁰ en in werkafspraken over afstemming in concentratiezaken.²¹

²⁰ 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.

²¹ Werkafspraken tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit, het College Tarieven Gezondheidszorg/Zorgautoriteit in oprichting (CTG/ZAio) en het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) met betrekking tot concentratiezaken, d.d. 11-04-2006.

De NZa kan zienswijzen afgeven over voorgenomen marktafbakening in fusiezaken die bij de NMa in behandeling zijn. Omgekeerd kan de NMa hetzelfde doen bij AMM-zaken die bij de NZa in behandeling zijn.²² Daarnaast consulteren NMa en NZa elkaar over de concrete toepassing van hun bevoegdheden als het gaat om respectievelijk misbruik van economische machtsposities en AMM.²³

3.3 Vaststellen AMM

Zoals wordt bepaald in de beleidsregel hanteert de NZa de volgende benadering voor van het vaststellen of sprake is van AMM (artikel 48 Wmg) of dat er sprake is van een redelijk vermoeden van AMM (artikel 49 Wmg):

- Als de NZa vaststelt dat inderdaad sprake is van (een redelijk vermoeden van) AMM heeft dit altijd betrekking op een daartoe afgebakende relevante markt (productmarkt en geografische markt). Om het bestaan van AMM uit te sluiten hoeft de NZa daarentegen niet per definitie eerst de relevante markt af te bakenen. Als de NZa namelijk vaststelt dat niet aannemelijk is dat onafhankelijk gedrag mogelijk is, volstaat dit al om te bepalen dat geen sprake is van AMM.
- Aan een partij met AMM kunnen pas verplichtingen worden opgelegd als sprake is van (potentiële) mededingingsproblemen die door middel van het opleggen van proportionele verplichtingen kunnen worden opgelost. Als de NZa al op voorhand kan vaststellen dat aan een van deze twee laatste voorwaarden niet wordt voldaan, zijn de eerder genoemde stappen – het afbakenen van de relevante markt en vaststellen van het al dan niet bestaan van AMM – dus overbodig.

3.3.1 Individuele AMM

In de beleidsregel AMM staat een opsomming van factoren die relevant kunnen zijn voor de beoordeling of er sprake is van individuele AMM. AMM kan voortvloeien uit een combinatie van de in de beleidsregel genoemde factoren. De NZa beoordeelt per geval welke factor of combinatie van factoren bij het vaststellen van AMM relevant zijn. Daarbij spelen de omstandigheden op de relevante markt en de ontwikkelingsfase waarin deze markt zich bevindt ook een rol. Hieronder een toelichting op de genoemde factoren.

Marktaandeel

De Memorie van Toelichting bij de Wmg specificceert dat een partij met meer dan 55% marktaandeel geacht wordt AMM te hebben. Bij een marktaandeel tussen 40% en 55% is het aannemelijk dat zij AMM heeft. De hieronder genoemde structurele factoren moeten dan worden meegewogen. Dat is ook het geval bij een marktaandeel tussen 25% en 40%, waar het bestaan van AMM nog mogelijk wordt geacht. Bij een marktaandeel lager dan 25% is het onwaarschijnlijk dat een partij AMM zou kunnen hebben.²⁴

Relatief marktaandeel

Dit betreft het marktaandeel van de betrokken marktpartij ten opzichte van zijn concurrenten. Zijn de marktaandelen van concurrenten 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. Waar mogelijk is het nuttig om de ontwikkeling van marktaandelen in de

²² Artikel 8, lid 1, van het samenwerkingsprotocol.

²³ Artikel 7, lid 4, van het samenwerkingsprotocol.

²⁴ De NZa hanteert niet meer a priori de in het Consultatiedocument genoemde 70% marktaandeel als een van de indicaties voor mogelijk AMM aan de inkoopkant.

tijd te bekijken. Zo kan een langdurig behoud van een groot marktaandeel wijzen op marktmacht²⁵, terwijl een sterk fluctuerend marktaandeel juist kan wijzen op het tegendeel.

Omvang en financieel vermogen 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 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 als 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
Vergunningen, octrooien, knowhowlicenties, auteursrechten en dergelijke 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. Dat kan het geval zijn bij bijvoorbeeld 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 ziektekostenverzekeraar onderdeel uitmaakt van een kapitaalkrachtige marktpartij en daardoor makkelijker kan investeren dan zijn concurrenten. Een kapitaalkrachtige marktpartij heeft ook gemakkelijker toegang tot kapitaalmarkten om investeringen te financieren. Behalve door de omvang van de marktpartij kunnen ook eventuele banden met andere bedrijven die tot dezelfde groep behoren de toegang tot kapitaal beïnvloeden. In de zorgsector geldt dit wellicht voor ziektekostenverzekeraars die deel uitmaken van eenzelfde groep als investeringsmaatschappijen.
- Breedte- en portfoliovoordelen
Breedtevoordelen doen zich voor als de gemiddelde kosten voor één product dalen doordat een marktpartij het samen met een ander product kan produceren ('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.

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

²⁵ Zie GvEA, Zaak T-139/98 AAMS et al. v Commissie, Jur. 2001, II-3413, overweging 51.

toetreding plaats vindt. In dit geval bestaat er geen AMM, ook al heeft de partij een hoog marktaandeel. De NZa zal daarbij meewegen of de toetreding waarschijnlijk, tijdig en in voldoende mate zal plaatsvinden.²⁶

Overstapkosten voor afnemers/consumenten

Als de klanttevredenheid gering is of afneemt, maar het aantal partijen dat van leverancier verandert relatief beperkt blijft, zijn er mogelijk 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 kan de toetreding en de kansen van concurrenten bemoeilijken.

Compenserende inkoopmacht van afnemers / consumenten

Als (bepaalde) afnemers, zoals in de zorg bijvoorbeeld de verzekeraars, een sterke positie hebben in commerciële onderhandelingen met de (zorg)aanbieder, beperkt dit de mogelijkheid van deze aanbieder om zich 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 andere (potentiële) leveranciers. Het kan ook dat de afnemer zelf stroomopwaarts tot de markt toetreedt, de vroegere afnemer wordt dan concurrent. Inkoopmacht kan worden uitgeoefend door één afnemer alleen of door meerdere afnemers gezamenlijk. Een leverancier die zich niet onafhankelijk kan gedragen van één sterke afnemer kan zich wellicht nog wel onafhankelijk gedragen ten opzichte van zijn overige afnemers. De gunstige voorwaarden die de sterke afnemer voor zichzelf afdwingt hoeft de leverancier immers niet per definitie ook aan de andere afnemers aan te bieden. Daarom is het van belang om te bepalen of een significant deel van de afnemers invloed kan uitoefenen op de positie van de leverancier.

3.3.2 Gezamenlijke AMM

De Europese jurisprudentie op het gebied van gezamenlijke AMM is nog in ontwikkeling²⁷. 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 Airtours²⁸. 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, te weten transparantie, een (duurzaam) handhavingmechanisme en de aanwezigheid van toetredingsdrempels.

De beleidsregel AMM somt een aantal marktkenmerken op, afkomstig uit de Europese jurisprudentie, de literatuur en de beschikkingenpraktijk van de NMa en de OPTA.²⁹ Hieronder een korte toelichting bij de genoemde criteria.

²⁶ Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, d.d. 5 februari 2004, randnummer 68.

²⁷ 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.

²⁸ GvEA, Zaak T-342/99 *Airtours v Commissie*, Jur. 2002, 2585.

²⁹ Zie de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van AMM 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

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 impliciete 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, is het relatief eenvoudig om commercieel beleid af te stemmen op het gedrag van concurrenten.

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) meestal tot prijsverschillen zullen leiden. De mogelijkheid tot (prijs)vergelijking en hierop volgende afstemming van het gedrag is daarom kleiner dan bij homogene producten.

Symmetrie tussen de grote partijen

Voorals het gaat om marktaandeel en kostenstructuur 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

Het is noodzakelijk dat de resultaten die leveranciers van het gezamenlijke beleid verwachten, 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 om hierbij op te letten is het bestaan van hoge drempels voor toetreding.

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. Daarbij is 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. Zo veroorzaakt bijvoorbeeld stilzwijgend afgestemde controle over productie, dat investeringsbeslissingen rond nieuwe productiecapaciteit direct afhankelijk worden van de beslissingen van concurrent/partner.

Een (duurzaam) handhavingsmechanisme

Elke (stilzwijgende) coördinatie moet in de loop der tijd duurzaam zijn. Enige vorm van vergeldings- of handhavingsmechanisme is daarbij noodzakelijk. Een marktpartij die van de gecoördineerde gedragingen afwijkt, krijgt dan te maken met concurrerende reacties van andere partijen. Die reacties hoeven niet uitsluitend gericht te zijn tegen de partij die afwijkt van de gecoördineerde gedragingen.

3.3.3 Hefboomwerking van marktmacht

Het is denkbaar dat een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar met AMM op de ene markt, deze macht als hefboom gebruikt om haar macht op een nauw verwante markt dusdanig te vergroten dat zij zich ook op deze tweede markt onafhankelijk van haar toeleveranciers, concurrenten of afnemers kan gedragen.³⁰ Deze overheveling van marktmacht kan plaatsvinden op markten die zich zowel horizontaal als verticaal ten opzichte van elkaar bevinden in een productiekolom.

3.4 Mededingingsproblemen en verplichtingen

Indien zij vaststelt of een redelijk vermoeden heeft dat een zorgaanbieder of een ziektekostenverzekeraar alleen dan wel gezamenlijk beschik(t)(en) over AMM, zal de NZa beoordelen of ten gevolge van deze AMM-positie sprake is van (potentiële) mededingingsproblemen. Is dat het geval, dan zal de NZa onderzoeken of het mogelijk is om deze potentiële of feitelijke mededingingsproblemen door het opleggen van proportionele verplichtingen op te heffen of te voorkomen. De analyse van de NZa vindt echter niet noodzakelijkerwijs in deze volgorde plaats en bestaat niet altijd uit al deze stappen: als reeds op voorhand vaststaat dat geen (potentiële) mededingingsproblemen kunnen worden vastgesteld of dat geen proportionele verplichtingen bestaan die de geconstateerde problemen kunnen oplossen is het niet nodig om eerst vast te stellen dat sprake zou zijn van AMM (zie ook paragraaf 3.3).

In artikel 48 Wmg zijn de verplichtingen vastgelegd die de NZa in geval van AMM kan opleggen. Deze verplichtingen zijn geen sancties voor het begaan van economische overtredingen door een partij met AMM. Het zijn maatregelen om de ontwikkeling van een goed werkende zorgmarkt te bevorderen ter bescherming van het publieke belang.³¹

In deze paragraaf licht de NZa de relatie tussen potentiële mededingingsproblemen en het opleggen van verplichtingen nader toe. Daarbij zal in eerste instantie een algemene beschrijving worden gegeven van de mededingingsproblemen. Vervolgens gaat de NZa in op de relatie tussen mededingingsproblemen en de verplichtingen die kunnen worden opgelegd. Deze relatie is gebaseerd op de beginselen van proportionaliteit. Onderstaande beschrijvingen zijn algemeen van aard omdat de NZa altijd van geval tot geval zal moeten beoordelen wat het concrete mededingingsprobleem is. Met behulp van een thans nog te ontwikkelen beschikkingenpraktijk zal de NZa in een later stadium algemene uitgangspunten nader kunnen uitwerken in haar beleid. Zo kan

³⁰ Zie ook het Hof van Justitie in zaak nr. C-333/94P, Tetra Pak tegen Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-5951.

³¹ 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 in een later stadium specifieke onderdelen, zoals principes van kostentoe rekening, nader uitwerken.

Mededingingsproblemen kunnen in verschillende situaties ontstaan door heel veel verschillende gedragingen. De ene gedraging zal bij een bepaalde marktstructuur de concurrentie en het consumentenbelang ernstiger verstoren dan de andere gedraging. Hierna gaat de NZa nader op de mededingingsproblemen in, overigens zonder daarmee een volledige beschrijving van de mededingingsproblemen te willen geven. De NZa zal van geval tot geval moeten beoordelen welk mededingingsprobleem zich kan voordoen.

Er zijn twee hoofdcategorieën van gedragingen die de NZa in beginsel kan meewegen in haar AMM-besluitvorming: uitbuiting en uitsluiting.

Uitbuiting

Een marktpartij die beschikt over AMM kan deze positie gebruiken om afnemers of leveranciers uit te buiten. Dat kan bijvoorbeeld door buitensporig hoge ('excessieve') prijzen te rekenen, door het leveren van ondermaatse kwaliteit of door beperking van het aanbod (te weinig leveren). Mededingingsbeperkende gedragingen die als uitbuiting aan te merken zijn, hebben directe negatieve gevolgen voor de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit voor consumenten.

Uitsluiting

Mededingingsbeperkende gedragingen van een marktpartij met AMM die uitsluiting tot gevolg hebben, belemmeren het ontstaan of de instandhouding van daadwerkelijke mededinging. Deze gedragingen beperken of verhinderen dat concurrenten tot een bepaalde markt toetreden of hun bestaande positie op deze markt versterken. Gedragingen die tot uitsluiting kunnen leiden, zijn bijvoorbeeld leverings- en/of toegangswijering, koppelverkoop, exclusiviteitsbedingen, prijsmisbruik zoals buitensporig hoge prijzen, roof- of wurgprijzen en getrouwheidskortingen. Uitsluiting kan uiteindelijk leiden tot een marktsituatie waarin uitbuiting van afnemers (contractspartners en consumenten) mogelijk is.

Een andere relevante 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 dat de winst vergroot. Bovendien kan een AMM-partij prikkels hebben om zijn verkoopmacht te verstevigen door toetreding te verhinderen en concurrenten uit te sluiten, bijvoorbeeld door rooiprijzen, getrouwheidskortingen en koppelverkoop. De NZa ziet de potentiële mededingingseffecten van verkoopmacht daarom in beginsel als negatief.

Inkoopmacht

Aan de inkoopzijde van een markt kan een partij met AMM gunstige voorwaarden op het gebied van prijs en kwaliteit bedingen bij leveranciers. Als zij deze voordelen doorgeeft aan de consument omdat de markt stroomafwaarts daadwerkelijk concurrerend is, dan hoeft AMM aan de inkoopkant van een markt in beginsel niet problematisch te zijn. Sterker nog, onder het systeem van de Wmg is het juist de beoogde rol van de ziektekostenverzekeraars om een prijsdrukkende en kwaliteitsverhogende druk 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.

Catalogus van verplichtingen

Artikel 48 Wmg somt de specifieke verplichtingen op die de NZa kan opleggen na vaststelling dat een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar beschikt (hetzij meerdere partijen gezamenlijk beschikken) over AMM.³²

Hieronder volgt een beschrijving van deze specifieke verplichtingen:

Transparantie

Dit is 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 laten 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 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.

Non-discriminatie

Dit is 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 te bevoordelen die anders door marktwerking aan concurrenten verloren zouden kunnen gaan. Een zorgaanbieder kan bijvoorbeeld voor bepaalde consumenten lagere prijzen of kortere wachttijden hanteren om te voorkomen dat zij hun zorg elders inkopen. Dezelfde zorgaanbieder zou dan bij consumenten bij wie de kans klein is dat zij hun zorg elders inkopen, juist hogere prijzen en langere wachttijden kunnen hanteren.

Ontbundeling

Dit is de verplichting om een door de NZa te bepalen dienst los te leveren van andere diensten. Deze verplichting wil tegengaan dat een partij marktmacht van de ene markt naar een andere aangrenzende markt overhevelt, 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 de

³² Het gaat hier om een limitatieve lijst aan verplichtingen, die echter op grond van Artikel 48, eerste lid, sub l, Wmg bij ministeriële regeling kan worden aangevuld.

verzekeraar ook geliberaliseerde cataractbehandelingen contracteert. Dit zou de toetreding van nieuwe aanbieders van cataractbehandelingen ernstig kunnen belemmeren en mogelijk al bestaande aanbieders van cataractbehandelingen uit de markt drukken.

Gescheiden boekhouding

Dit is 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. Ze moeten daartoe een gescheiden boekhouding voeren volgens aanwijzingen van de NZa.

Het opleggen van deze verplichting voorkomt marktversturende kruissubsidie tussen markten die wel en deelmarkten die nog niet aan daadwerkelijke concurrentie bloot staan. Een AMM-partij biedt zorgproducten aan voor een prijs lager dan de kostprijs met de bedoeling om concurrenten van de markt te weren. Het verlies dat zij op dat zorgproduct leidt, versleutelt ze in de prijs van een ander product waarvoor nauwelijks concurrentie bestaat.

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. Het kan soms zelfs voordelig zijn, 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 als er verschillende bekostigingsregimes bestaan, een deel met vrije en een deel met gereguleerde prijzen.

Contracteerplicht

Dit is 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. Ook het medegebruik van een elektronisch datanetwerk van consumentgegevens dat noodzakelijk kan zijn om zich als nieuwe toetreder te vestigen, kan onderdeel van deze verplichting zijn.³³ Verplichte toegangverlening kan de drempel voor markttoetreding verlagen in het belang van de totstandkoming van marktwerking.

Geen overcapaciteit bedingen

Dit is 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. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een ziektekostenverzekeraar met AMM die bij het enige ziekenhuis in de desbetreffende regio een onredelijk hoge capaciteit van zorg (aantal bedden) in relatie tot de benodigde zorg voor zijn verzekerden inkoopt. Hierdoor is het voor andere ziektekostenverzekeraars moeilijker om de

³³ Hiervan was bijvoorbeeld sprake in Assen, waar de apotheken gezamenlijk beschikken over een elektronisch netwerk met consumentgegevens. Dit netwerk 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 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.

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.

Delen van voorzieningen

Dit is 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-discriminatoire gedrag bij onderhandelingen over dergelijke leveringen te stimuleren.

Wijzigingen in aanbod opvolgen

Dit is de 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.

Prijscontrole

Dit is 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 door gebrek aan daadwerkelijke concurrentie kan veroorloven om buitensporig hoge 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 van prijscontrole is het bevorderen van de efficiency, De prijs komt dan tot stand op basis van vergelijking met gemiddelde prestaties. Deze prijs prikkelt tot kostenbesparing en/of omzetvergroting. Maatstafconcurrentie, prijzen op basis van vergelijking met best-practice-normen, is ook een mogelijkheid.

Kostentoerekening

Dit is de verplichting om bij het vaststellen van prijzen zoals bedoeld onder (i) een systeem van kostentoerekening 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 op te leggen met kostenoriëntatie als basis.

Aantonen aan verplichtingen te voldoen

Dit is 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. Om excessieve rendementen te voorkomen, kan het nodig zijn om het kostenniveau te berekenen. Kosten en opbrengsten moeten dan op een marktconforme manier worden toegerekend aan diensten en producten. De NZa kan dan op grond van de verplichting onder (j) de

methodiek van kostentoerekening voorschrijven en door middel van de verplichting onder (k) de naleving controleren.

3.5 Beginsel van proportionaliteit

De AMM-verplichtingen die de NZa aan zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars zal opleggen, moeten proportioneel zijn. Dit beginsel van proportionaliteit (ofwel evenredigheid) is voor het AMM-instrument neergelegd in artikel 48, lid 3 Wmg. Volgens de Memorie van Toelichting bij de Wmg houdt deze eis in dat 'de opgelegde verplichtingen naar aard en inhoud moeten passen bij de geconstateerde specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin.' Het vereiste van proportionaliteit is in lijn met het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel ingevolge de Algemene wet bestuursrecht. De motivering van een AMM-besluit moet daarom de in dat besluit gemaakte keuzes op dit vlak kunnen dragen.

De relatie met de 'specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin' houdt in dat een 'marktprobleem' moet worden opgelost en dat het marktprobleem van dien aard is dat een (individuele) verplichting op grond van art. 48 Wmg gerechtvaardigd is. Dit aspect betekent dan ook dat een 'doel' wordt nagestreefd. De verhouding tussen het doel en het middel bepaalt de proportionaliteit. Om die reden wordt proportionaliteit ook vaak aangehaald als de regel dat een verplichting passend moet zijn 'in het licht van de doelstellingen'³⁴. In een uitspraak van het Hof van Justitie (EG) is het verwoord als: "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."³⁵ De proportionaliteitstoets vereist dus allereerst dat de doelstellingen van de Wmg helder zijn. Hieronder wordt daarop ingegaan.

Volgens de Memorie van Toelichting bij de Wmg heeft de wet als hoofddoel om te regelen dat 'de overstap naar meer marktwerking veilig gemaakt kan worden' of anders geformuleerd 'het ontwikkelen en ordenen van een markt op het gebied van de zorg, ongeacht door wie die zorg wordt verleend'³⁶. De Wmg voorziet dan ook in de spelregels voor het mogelijk maken van marktwerking en het bijbehorende toezicht van de NZa. Concreet houdt dit volgens de Memorie van Toelichting het volgende in:

"De wet bevordert dat:

- waar dat kan marktwerking op gang wordt gebracht en gehouden,
- waar dat moet, de overheid tarieven en prestaties kan reguleren,
- zorgaanbieders en zorgverzekeraars patiënten en verzekerden goede informatie geven zodat zij kunnen kiezen bij welke zorgaanbieder zij het beste terecht kunnen, met welke verzekeraar zij in zee willen gaan en welke polis voor hen het meest geschikt is;

³⁴ Zie bijvoorbeeld de Telecommunicatiewet, Memorie van Toelichting.

³⁵ HvJEG, Zaak C-331/88 van 13 nov 1990, FEDESA, Jur 1990 I p. 4023

³⁶ Zie pagina 4 en 67 van de Memorie van Toelichting en de aanhef van de Wmg.

- *er samenhang is in de regulering van en het toezicht op de zorgmarkten.*³⁷

Artikel 3 lid 4 van de Wmg vereist dat de NZa bij de uitoefening van haar taken het consumentenbelang voorop stelt. Omgekeerd betekent het dat de NZa alleen iets onderneemt wanneer het consumentenbelang daarbij behartigd wordt. Het consumentenbelang wordt door de Memorie van Toelichting en de NZa nader onderscheiden in de drie publieke belangen:

- betaalbaarheid
- kwaliteit³⁸
- toegankelijkheid

De NZa maakt bij het opleggen van AMM-verplichtingen duidelijk hoe deze doelstellingen worden bereikt. Daarbij zullen beide hiervoor genoemde aspecten gebruikt worden: een AMM-verplichting is primair bedoeld om in te grijpen in de marktverhoudingen en een 'marktprobleem' te voorkomen waardoor de publieke belangen gediend worden. Voor een deel is dit laatste gelegen in het creëren en/of mede mogelijk maken van voldoende marktwerking. De Memorie van Toelichting ziet marktwerking immers ook als middel om deze publieke belangen te dienen. Daarnaast is het in een individuele casus ook mogelijk om de gevolgen voor de publieke belangen in die casus te benoemen. Daar wordt in de paragraaf hierna op ingegaan.

3.5.1 Mededingingsproblemen en proportionaliteit

Als één of meerdere van de problemen zoals in paragraaf 3.4 geschetst, merkbaar negatieve gevolgen voor de publieke belangen heeft, kan het een oplossing behoeven en zal een het opleggen van een verplichting die dit adresseert, proportioneel zijn. Het *bestaan* van een mededingingsprobleem op zichzelf is niet een vereiste voor het ingrijpen van de NZa. Proportionaliteit betekent wel dat het aannemelijk is dat een dergelijk probleem zich zal voordoen of zal kunnen voordoen³⁹. De NZa zal dan ook een AMM-verplichting alleen opleggen indien er de *mogelijkheid* is om zich onafhankelijk te gedragen in de zin van art. 47 Wmg, en de concrete marktsituatie en de situatie van de betreffende partij daartoe *prikkels* geven, dan wel dat het onafhankelijke gedrag (het mededingingsprobleem) zich al voordoet⁴⁰.

Gevolgen voor publieke belangen

Zoals aangegeven, is bij uitsluiting niet altijd onmiddellijk zichtbaar dat de publieke belangen aangetast worden door het gedrag. Heeft de AMM-partij zijn concurrenten echter eenmaal 'uit kunnen sluiten', dan is voor deze partij de ruimte ontstaan om van zijn macht te profiteren door het uitbuiten van zijn leveranciers en afnemers. Direct gevolg van gedrag gericht op uitsluiting is vaak dat bestaande aanbieders moeten wijken en de toegankelijkheid voor toetreders in gevaar komt en dat daarmee verkoopmacht kan ontstaan of blijven bestaan.

³⁷ Zie pagina 4 van de Memorie van Toelichting bij de Wmg.

³⁸ Artikel 19 Wmg brengt met zich mee dat de NZa geen oordeel over de kwaliteit van zorg mag geven. 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)).

³⁹ Een AMM-verplichting is immers 'ex ante' en daarmee bedoeld om gedragingen/mededingingsproblemen te voorkómen en niet te herstellen.

⁴⁰ Zie CBB, AWB 05/903 en 05/921 tot en met 05/931, uitspraak op 29 augustus 2006. Overwogen moet worden of een instelling met AMM de mogelijkheden en de prikkels heeft om de mededinging te beperken.

De uiteindelijke gevolgen voor de publieke belangen zijn vaak gelijk voor zowel uitsluiting als uitbuiting:

- Toegankelijkheid: de toegang voor individuele consumenten kan in het ergste geval volledig afwezig zijn dan wel dat de toegankelijkheid ernstig beperkt wordt.
- Betaalbaarheid: door het uitsluiten van de concurrentie en/of uitbuiting van de consument is het mogelijk hogere prijzen te hanteren, dan de prijzen die tot stand zouden zijn gekomen in een (voldoende) competitieve markt. Betaalbaarheidgevolgen kunnen ofwel de individuele consument direct raken (onder meer via eigen betalingen, eigen risico of doordat het gaat om niet-verzekerde zorg) ofwel de samenleving als geheel. Bij het laatste gaat het dan om gevolgen voor de premies die consumenten betalen voor de zorgverzekering.
- Kwaliteit: doordat de partij de concurrentie uitgesloten heeft en/of over dusdanig veel verkoopmacht beschikt dat er niet een voldoende competitieve markt is, wordt hij niet langer gedisciplineerd door concurrentiedruk om de kwaliteit op peil te houden of deze te verhogen.

De NZa zal bij het opleggen van AMM-verplichtingen beschrijven in welke mate het geconstateerde of potentiële gedrag naar verwachting zal leiden tot gevolgen voor de marktverhoudingen en (daarmee) voor de publieke belangen.

Zoals al gesteld, zijn de hier genoemde overwegingen over de gevolgen voor de publieke belangen van belang voor het bepalen of een verplichting noodzakelijk is en of de voordelen groter zijn dan de nadelen. Daarbij kunnen ook de volgende specifieke factoren een rol spelen:

- De economische omvang van de betreffende markt. Een markt waar 'veel geld in omgaat' heeft bij genoemde uitsluiting en uitbuiting verder strekkende gevolgen voor de publieke belangen, met name dus via betaalbaarheid.
- Naast de geldelijke omvang kan ook het aantal betrokken consumenten van belang zijn. Bij een groter aantal benadeelde consumenten is eerder duidelijk dat de voordelen de nadelen zullen overtreffen.
- De kans op recidive. In het algemeen gesteld, is de vraag hoe vaak een bepaalde actie verwacht wordt zich te zullen voordoen⁴¹ (of op welke termijn dat gebeurt), bepalend voor het gegeven hoe groot de voordelen van een verplichting zijn.
- De kans op uitstraling. Naarmate verwacht mag worden dat het probleemgedrag uitstraling heeft naar andere marktpartijen en de op te leggen verplichting een groter effect sorteert dan alleen de adressant van de verplichting, zijn de voordelen groter en kan ook eerder een noodzaak zijn om in te grijpen. Beide aspecten speelden een belangrijke rol in het kader van het spoedbesluit dat de AMM-verplichting inzake Apotheek Van Dalen voorafging (zie inleidend hoofdstuk).
- De kans op onomkeerbare gevolgen is tot slot eveneens een factor die een rol kan spelen. Hoe aannemelijker onomkeerbare gevolgen zijn te verwachten ten gevolge van een gedraging, hoe eerder een verplichting 'noodzakelijk' is.

Tot slot is voor de proportionaliteitsoverwegingen van belang dat de AMM-verplichtingen gericht zijn op het op gang brengen van marktwerking en het veilig stellen van de voorwaarden voor een

⁴¹ Het begrip 'actie' kan eveneens in passieve situaties van toepassing zijn: bijvoorbeeld het niet transparant zijn (het 'stilstaan') als zorgaanbieder of zorgverzekeraar.

effectieve werking van de markt. AMM-verplichtingen kunnen nodig zijn om de voordelen voortvloeien uit (meer) marktwerking, *mede* mogelijk te maken. Een AMM-verplichting is dan noodzakelijk omdat verwacht wordt dat de voordelen van marktwerking voor een (deel van de) markt niet of in beperkte mate tot stand komen of dat er voor individuele consumenten of groepen van consumenten nadelen ontstaan die bij het totstandkomen van de marktwerking niet op een andere manier zijn te voorkomen of te redresseren. De NZa zal dan ook bij AMM-verplichtingen in zulke situaties de noodzaak van ingrijpen beschrijven aan de hand van deze gevolgen voor de ingezette marktwerking (bijvoorbeeld misgelopen betaalbaarheidvoordelen).

Samenvattend: de verhouding tussen het nagestreefde doel en het ingezette middel bepalen de proportionaliteit van een maatregel. Bij het opleggen van AMM-verplichtingen is het primaire doel om daadwerkelijke mededinging te bevorderen door belemmeringen voor marktwerking weg te nemen teneinde de zorgsector beter te laten presteren en de drie publieke belangen kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg te optimaliseren.

Het beginsel van proportionaliteit houdt concreet in dat de NZa in geval van AMM een verplichting of set van verplichtingen kan opleggen indien deze verplichting(en) geschikt en noodzakelijk is (zijn) om dit doel te behalen. Daarbij legt de NZa in beginsel de lichtst mogelijke verplichting of set van verplichtingen op die nog effectief is om in het specifieke geval de geconstateerde of verwachte mededingingsproblemen op te lossen. Ook moet de NZa nagaan of de maatregel (per saldo) een positief effect heeft. Na de bespreking van de mogelijke verplichtingen hierna, wordt ingegaan op deze geschiktheid, noodzaak en belangenafweging.

3.5.2 Maatregel geschikt

De NZa vindt een maatregel geschikt als daarmee het mededingingsprobleem/de mededingingsbeperkende gedraging in het specifieke geval uit te bannen is. Voor het bepalen van de geschiktheid van een verplichting is daarom onder andere de inschatting van de aard van het mededingingsprobleem en de mededingingsbeperkende gedragingen die (kunnen) optreden van belang. Op het moment dat er meerdere verplichtingen geschikt zijn om het probleem op te lossen, wordt in de volgende stap het lichtste effectieve middel gekozen.

Onder andere de Memorie van Toelichting bij de Wmg bevat een aantal specifieke voorbeelden over de inzet van verplichtingen. Zo kan de transparantieverplichting gebruikt worden om de aanbestedingsprocedure van een ziektekostenverzekeraar in het kader van de zorginkoop inzichtelijk te maken.⁴²

In het onderstaande overzicht staan in de eerste kolom een aantal gedragingen van partijen met AMM die mogelijk tot een mededingingsprobleem kunnen leiden. In de tweede kolom zijn de mogelijke verplichtingen te zien die de NZa kan opleggen om deze potentiële mededingingsproblemen op te lossen. De tabel dient slechts ter illustratie en is niet bedoeld om een volledig en definitief beeld te geven van de geschiktheid van verplichtingen in concrete besluiten van de NZa.

⁴² Voor meer voorbeelden zie de Memorie van Toelichting bij Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30186, nr 3, blz. 65-66.

Tabel 2. Potentieel mededingingsprobleem en mogelijke verplichtingen

Potentieel mededingingsprobleem	Mogelijke verplichtingen (of een combinatie hiervan)
Excessieve tarieven	Gescheiden boekhouding, prijscontrole, kostentoerekeningssysteem, bewijslast
Lage kwaliteit	Transparantie
Roofprijzen (en kruissubsidies)	Gescheiden boekhouding, prijscontrole, 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

3.5.3 Maatregel noodzakelijk

Een verplichting is voorts proportioneel als deze noodzakelijk is. Er moeten in het specifieke geval voor de NZa geen minder vergaande maatregelen dan de voorgenomen AMM-verplichtingen beschikbaar zijn om het beoogde doel te bereiken.

De NZa gaat hierbij ook na wat er gebeurt als ze de voorgenomen AMM-verplichting(en) niet oplegt. Wordt het mededingingsprobleem dan niet voorkomen of verergert het dan zodanig dat de doelstellingen van de Wmg in gevaar komen?

Drie aspecten spelen hierbij een rol:

- De ernst van het mededingingsprobleem: het moet gaan om een (potentieel) probleem dat van dien aard 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 dynamische ontwikkeling van de markt, door concurrentie of door andere al opgelegde verplichtingen wordt opgelost. Zoals eerder uitgelegd, wordt de ernst onder meer bepaald aan de hand van de geldelijke omvang, het aantal betrokken consumenten en de kans op recidive, uitstraling en mogelijk onomkeerbare gevolgen.
- Overwogen moet worden of er andere instrumenten dan AMM-verplichtingen mogelijk zijn om het probleem te voorkomen en die minder belastend zijn. Van belang daarbij is dan wel dat bij generieke verplichtingen juist meer betrokkenen getroffen kunnen worden.
- Als er verschillende verplichtingen geschikt kunnen zijn (zie paragraaf hiervoor), dan zal de NZa aannemelijk moeten maken dat de gekozen verplichting de lichtst mogelijk verplichting is die voldoende effectief en dus noodzakelijk is. Daarvoor is het belangrijk te weten hoe zwaar de verschillende verplichtingen zijn en of het voor de hand ligt verplichtingen al dan niet in combinatie met andere verplichtingen op te leggen. De onderstaande tabel geeft per verplichting een indicatie aan van de mate waarin de verplichting ingrijpt in het zelfstandig gedrag van de organisatie en de administratieve last die een verplichting met zich meebrengt. In de tekst onder de tabel wordt deze hiërarchie toegelicht.

Tabel 3. Hiërarchie van verplichtingen

Zelfstandige verplichting	Zwaarte	Administratieve lasten
Transparantie	Licht	Licht
Gescheiden boekhouding	Licht	Licht
Non-discriminatie	Zwaar	Licht
Redelijke capaciteitsbeslag	Licht	Licht
Ontbundeling	Zwaar	Zwaar
Toegangsverplichting	Zwaar	Middel
Openbaar aanbod	Zwaar	Licht
Tariefregulering	Zeer zwaar	Zeer zwaar

De genoemde verplichtingen kunnen veelal ook in combinaties worden opgelegd. Bij de volgende drie verplichtingen geldt dat zij altijd met één van de in de tabel genoemde verplichtingen samen worden opgelegd:

- de verplichting tot het wijzigen van een openbaar aanbod (behorende bij het delen van voorzieningen via openbaar aanbod),
- de verplichting tot het hanteren van een bepaald kostentoerekeningssysteem (behorende bij prijscontrole)
- de verplichting om aan te tonen aan de prijscontrole en/of het hanteren van een kostentoerekeningswijze te hebben voldaan.

3.5.3.1 Transparantieverplichting

De NZa kan de transparantieverplichting als afzonderlijke verplichting opleggen 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.

3.5.3.2 Gescheiden boekhouding

Het verplichten van een marktpartij tot het voeren van een gescheiden boekhouding 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 de NZa het voeren van een gescheiden boekhouding zonder bijkomende verplichtingen zal opleggen. 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.

3.5.3.3 Non-discriminatieverplichting

De non-discriminatieverplichting kan de NZa zelfstandig opleggen als belangrijke 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). 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. Prikkel tot differentiatie verdwijnen, hetgeen tot een suboptimaal aanbod kan leiden.

3.5.3.4 Redelijke capaciteitsbeslag

De verplichting voor een zorgverzekeraar om in zijn overeenkomsten met zorgaanbieders niet een onredelijk hoge capaciteit overeen te komen, is in beginsel een relatief lichte verplichting. Het gaat om een verbod om iets te doen wat strikt gezien niet nodig is, met uitzondering van anticompetitieve doeleinden. Een zorgverzekeraar zou dus relatief eenvoudig aan moeten kunnen tonen of het overeengekomen capaciteitsbeslag redelijk is. De NZa zorgt bij het invullen van deze verplichting voor een objectieve bepaling van een redelijk capaciteitsbeslag.

3.5.3.5 Ontbundeling

De verplichting om te ontbundelen kan diep ingrijpen in 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. Het kan ook belangrijk zijn voor de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie tussen algemene en gespecialiseerde zorgverleners, bijvoorbeeld brede Wlz dienstverleners versus gespecialiseerde thuiszorginstellingen.

3.5.3.6 Toegangsverplichting

De toegangsverplichting kan de NZa opleggen in combinatie met een non-discriminatieverplichting. Dit 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 als dit nodig is voor effectieve toetreding.

De verplichting om een openbaar aanbod te doen en in stand te houden ondersteunt de handhaving van non-discriminatie en de toegangsverplichting. Daarnaast bevordert het de snelheid en transparantie van onderhandelingen. Omdat de gereguleerde partij geen controle meer zal hebben over aan wie hij levert, is dit een zware verplichting. Toepassing gebeurt alleen als er een reële dreiging van uitsluiting door leveringsweigering bestaat.

3.5.3.7 Openbaar aanbod

De verplichting om het openbare aanbod in overeenstemming met door de NZa gegeven aanwijzingen te wijzigen, is een verdere verzwaring van de verplichting om een openbaar aanbod te doen. 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 zijn.

3.5.3.8 Tariefregulering

Tariefregulering in individuele gevallen is de zwaarst mogelijke maatregel. Het opleggen van tariefregulering geeft aan dat de NZa niet verwacht dat daadwerkelijke concurrentie ontstaat. Zelfs niet als alle andere mogelijke verplichtingen, die onder meer gericht zijn op het wegnemen van toetredingsbelemmeringen, al worden opgelegd. Het opleggen van een verplichting tot het hanteren van een specifiek systeem van kostentoekening is een verzwaarde invulling van

tariefregulering en zal alleen in beginsel alleen in combinatie hiermee worden opgelegd.

Datzelfde geldt voor de verplichting om aan de NZa bewijzen te overleggen van het voldoen aan de tariefregulering en het toepassen van een specifiek systeem van kostentoekening.

3.5.4 Afweging van voor –en nadelen

Ten slotte betekent het beginsel van proportionaliteit dat het opleggen van de verplichting(en) een positief effect beoogt. De NZa weegt bij het opleggen van verplichtingen daarom de positieve en negatieve effecten tegen elkaar af. Ook hier geldt dat effecten op de langere termijn meegenomen moeten worden om een focus op de korte termijneffecten te voorkomen.

Bij *nadelen* gaat het om:

- de negatieve effecten voor de marktpartij aan wie de verplichting opgelegd wordt;
- de negatieve effecten op de markt als geheel.

Bij de negatieve effecten voor de marktpartij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan:

- impact op de onderhandelings- en contractsvrijheid;
- organisatorische kosten;
- gevolgen voor de administratieve lasten;
- financiële gevolgen.

Bij de negatieve effecten voor de markt als geheel kan bijvoorbeeld gedacht worden aan:

- negatieve gevolgen voor het innovatieklimaat;
- het ontstaan of versterken van toetredingsdrempels;
- het ontstaan van reguleringsonzekerheid.

Bij voordelen gaat het om voordelen in termen van het realiseren van de doelstellingen van de Wmg. Daarbij gaat het specifiek om voordelen in termen van de publieke belangen (kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid) en doelstellingen in termen van het waarborgen van het systeem (mogelijk maken van de rol van kritische zorginkoper voor de zorgverzekeraars).

Concreet moet er in deze stap een afweging gemaakt worden tussen publieke belangen (toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit) en individuele belangen van de betreffende marktpartij. Het uitgangspunt van de NZa is dat de publieke belangen zwaarder zullen wegen dan de belangen van de AMM-partij in die zin dat wanneer beide belangen in vergelijkbare zin uitvallen qua orde van grootte, de publieke belangen zwaarder zullen wegen. De NZa moet immers op grond van artikel 3 lid 4 Wmg het consumentenbelang voorop stellen bij de uitoefening van haar taken. Bij deze afweging telt vervolgens ook mee dat een AMM-verplichting een tijdelijk karakter heeft waarmee duurzame belangen (van markten) gediend worden. Vorenstaande vergt in iedere individuele zaak een zorgvuldige afweging.

3.6 Inzet AMM-instrument

De NZa heeft een discretionaire bevoegdheid om AMM-verplichtingen op te leggen. Dit betekent dat de NZa binnen het in de Wmg gecreëerde wettelijk kader beleidsruimte heeft om te bepalen of en op welke wijze

zij het AMM-instrumentarium inzet.⁴³ De ruimte van de NZa om bij het opleggen van AMM-verplichtingen prioriteiten te stellen betreft zowel de ambtshalve toepassing van het AMM-instrument als de inzet op verzoek van een belanghebbende (aanvraag).⁴⁴

De NZa wil een betrouwbare en voorspelbare toezichthouder zijn. Daarbij hoort ook dat ze zoveel mogelijk openheid en inzicht geeft in de manier waarop de NZa het AMM-instrument zal inzetten. In het consultatiedocument 'Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg' heeft de NZa een aantal economische factoren geanalyseerd en kenbaar gemaakt die relevant kunnen zijn bij de economische beoordeling van een (potentiële) zaak. Uit de reacties op dit consultatiedocument bleek een behoefte aan meer beleidsmatige criteria om AMM-zaken te prioriteren. Die criteria staan nu in de beleidsregel AMM. Met deze prioriteringscriteria kan de NZa het AMM-instrument zo efficiënt en effectief mogelijk inzetten. De NZa zal bij het opstarten van een AMM-onderzoek de omvang en de urgentie van het verwachte mededingingsbeperkende probleem meewegen. Daarnaast zal ze een inschatting maken van de effectiviteit van de mogelijke verplichtingen die ze kan opleggen. De vragen die de NZa in het kader van haar prioritering kan stellen, gelden niet cumulatief. De NZa hoeft dus niet ieder van de hierna weergegeven vragen te beantwoorden om tot het oordeel te komen over prioriteit.

In de beleidsregel AMM staan de volgende factoren die bij de beslissing van de NZa om een AMM-onderzoek op te starten een rol kunnen spelen:

- Is er sprake van een 'redelijk vermoeden' van AMM?
- Wat is het consumentenbelang?
- Wat is de ernst van de situatie?
- Is optreden door de NZa doelmatig en doeltreffend?
- Is uitvoering van het onderzoek mogelijk met de beschikbare menskracht en middelen van de NZa?

Hierna licht de NZa deze criteria kort toe.

Redelijk vermoeden

De NZa kan voorafgaand aan het opstarten van een AMM-onderzoek op basis van een globale analyse inschatten of een 'redelijk vermoeden' aanwezig is van AMM door een of meerdere marktpartijen op een bepaalde relevante markt. Dat kan het geval zijn als de NZa het redelijke vermoeden heeft dat aan een aantal factoren die van belang zijn voor de bepaling van individuele of gezamenlijke AMM is voldaan op een markt.⁴⁵ In deze voorfase van een potentieel onderzoek zal de NZa in beginsel een eerste inschatting van de situatie maken op basis van de reeds tot haar beschikking staande kennis van de markt.⁴⁶

Consumentenbelang

Uit artikel 3, lid 4, Wmg volgt dat het algemeen consumentenbelang een centrale factor is bij de prioritering van de inzet van AMM.

Het AMM-instrument dient om daadwerkelijke mededinging in de zorgmarkten tot stand te brengen. Vanzelfsprekend is daadwerkelijke

⁴³ Vergelijk het Gerecht van eerste Aanleg (GvEA); "[het is] inherent aan de uitoefening van het bestuur, dat hij die is belast met een zaak van openbare dienst, bevoegd is om alle organisatorische maatregelen te treffen die nodig zijn voor de vervulling van de hem opgedragen taak, met inbegrip van het stellen van prioriteiten binnen het door de wet vastgestelde kader, wanneer dergelijke prioriteiten door de wetgever zijn bepaald." GvEA, 18 december 1992, Automec SRL tegen Commissie, T-24/90, overweging 77.

⁴⁴ Zie in dit verband ook de Memorie van Toelichting bij de Wmg, Algemeen, Paragraaf 9.4 "Toezichtbeleid" en Artikelsgewijze toelichting, Hoofdstuk 3, "Taken en prioriteitstelling (artikel 16)".

⁴⁵ Deze factoren worden in artikelen onder paragraaf 4.1. en 4.2. van de beleidsregel AMM genoemd.

⁴⁶ Bijvoorbeeld middels marktmonitors en eerdere zaken van de NZa.

mededinging geen doel op zich. Het is een middel om de consumentenbelangen kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid effectief te bevorderen. Bij de inzet van het AMM-instrument is de afweging belangrijk of dit leidt tot verbeteringen voor de consumenten op de betreffende markt. Het uitgangspunt is dat hoe groter de potentiële verbeteringen zijn, hoe eerder de NZa de zaak zal oppakken. Bij het begrip verbetering kan het gaan om de grootte van de relatieve verbetering voor de specifieke elementen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid in combinatie met het aantal consumenten dat ervan profiteert. Ook kan de NZa hierbij kijken naar de economische relevantie van de betreffende deelmarkt in relatie tot de totale zorgmarkt, aan de (inschatting van de relatieve) omzet van de betrokken relevante spelers op een deelmarkt, het aantal (potentieel) betrokken consumenten, de financiële schade etcetera. De marktstructuur moet zich zo kunnen ontwikkelen dat consumenten daar duurzaam de vruchten van plukken. AMM kan als dat nodig is deze ontwikkeling steunen.

Ernst van de situatie

Bij het beoordelen van de ernst van de situatie let de NZa op de structuur van de markt en de (potentiële) mededingingsproblemen. Een inschatting, voorafgaand aan een daadwerkelijk onderzoek, gebeurt op basis van globale aanwijzingen. In dit stadium is niet met zekerheid vast te stellen welke mededingingsproblemen zich voordoen. Een mogelijk ernstiger probleem zal over het algemeen eerder in aanmerking komen voor nader AMM-onderzoek, dan een geringer probleem. Per specifiek geval zal de situatie beoordeeld moeten worden.

Structuur van de markt

De NZa maakt bij de beoordeling van de ernst van de situatie een inschatting van de marktstructuur. Meer specifiek kijkt zij naar: de aanwezigheid van aanzienlijke en aanhoudende toetredingsdrempels; marktkenmerken die erop wijzen dat de markt ook op de middellange termijn geen ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging zal vertonen.

Als bovenstaande factoren ontbreken is het waarschijnlijk dat daadwerkelijke mededinging vanzelf op gang zal kunnen komen en AMM-verplichtingen wellicht niet nodig zijn.

Het eerste aspect is de aanwezigheid van aanzienlijke en aanhoudende toetredingsdrempels die de markttoegang en daarmee de ontwikkeling van de mededinging belemmeren. Drie soorten belemmeringen zijn relevant voor markttoegang en voor de ontwikkeling van de mededinging: (1) structurele belemmeringen⁴⁷; (2) wettelijke of regelgevende belemmeringen⁴⁸; en (3) belemmeringen ten gevolge van marktgedrag van gevestigde partijen⁴⁹. Deze drie categorieën zijn niet cumulatief maar alternatief van samenhang. Ze kunnen wel in combinatie voorkomen.

Het tweede aspect is de inschatting dat zonder 'ex ante' verplichtingen ook op middellange termijn geen daadwerkelijke mededinging zal ontstaan. Toetredingsdrempels kunnen afnemen in markten die worden gekenmerkt door een dynamische technische en/of economische ontwikkeling. Zelfs als toetredingsdrempels bestaan kunnen andere

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Bijvoorbeeld de voorwaarden die worden gesteld aan het toetreden tot een medische beroepsgroep respectievelijk aan het bouwen van nieuwe zorginstellingen.

⁴⁹ Bijvoorbeeld gedrag met zogenaamde uitsluitingseffecten 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.

structurele factoren er toch voor zorgen dat de markt binnen een relevante tijdshorizon naar daadwerkelijke concurrentie tendeert. Bijvoorbeeld omdat er sprake is van aanstaande toepassing van nieuwe technologieën die de markt waarschijnlijk zullen openbreken.

(Potentiële) mededingingsproblemen

Bij de beoordeling van de ernst van de situatie maakt de NZa ook een inschatting van de (potentiële) mededingingsproblemen. In paragraaf 3.4 staat een globale beschrijving van mededingingsproblemen, ingedeeld naar verkoop- of inkoopmacht en naar uitsluiting of uitbuiting.

De NZa maakt bij de beoordeling van AMM- zaken onderscheid tussen verkoopmacht en inkoopmacht. In beginsel is AMM mogelijk indien de betreffende partij beschikt over inkoopmacht of over verkoopmacht. Echter, de NZa beschouwt mededingingsproblemen die samenhangen met inkoopmacht op het eerste gezicht als minder problematisch. De markt moet dan wel echt concurrerend zijn en resulterende voordelen moeten terechtkomen bij de consument. Problemen die samenhangen met verkoopmacht vindt de NZa in beginsel ernstiger. Deze kunnen namelijk direct leiden tot uitbuiting van de consument en in combinatie met verticale en/of horizontale integratie ook leiden tot uitsluiting van concurrenten.

Ook is er verschil in beoordeling van gedragingen die tot uitbuiting of uitsluiting leiden. De NZa beschouwt gedragingen die uitsluiting tot gevolg hebben op het eerste gezicht als problematischer dan gedragingen die uitbuiting tot gevolg hebben. Uitbuiting kan immers 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 daadwerkelijke mededinging die de betrokken partij disciplineert. Want met het voorkomen van uitsluiting zal bij afwezigheid van andere toetredingsdrempels uitbuiting op termijn niet meer mogelijk zijn.

Overigens benadrukt de NZa hier dat ook de beoordeling van de ernst van een situatie in grote mate afhankelijk is van de omstandigheden van het specifieke geval. De NZa verwacht dat het bij de concrete beoordeling van machtsposities en mededingingsbeperkende gedragingen in specifieke gevallen nodig is om af te wijken van bovenstaande aannames.

Doeltreffend en doelmatig optreden NZa

De NZa zal voorafgaand aan een mogelijk AMM-onderzoek proberen om de doeltreffendheid en de doelmatigheid van haar eigen optreden in te schatten. Hierbij weegt ze de voor- en nadelen van de inzet van het AMM- instrument tegen elkaar af. Daarbij zal de NZa ook kijken naar de betekenis van het opstarten van het onderzoek voor de zorgmarkt in het algemeen, de specifieke zorgmarkt in het bijzonder en de effectiviteit en efficiëntie van het toezicht van de NZa op deze markt.

De NZa kan besluiten om niet op te treden omdat dit in een specifiek geval per saldo de meest effectieve handelswijze is. Dit kan een uitkomst van de afweging zijn op markten die zich nog sterk aan het ontwikkelen zijn. Het geconstateerde probleem lost zich mogelijk binnen afzienbare termijn door het volwassen worden van de markt zelf op. Ook kan de inschatting zijn dat de aanstaande toepassing van nieuwe technologieën de markt zal 'openbreken'.

Als het effectief is dat de NZa optreedt, zal zij moeten afwegen welk middel – bijvoorbeeld een algemene⁵⁰ of specifieke verplichting – het meest passend is. Het leidend beginsel is hierbij proportionaliteit. Zo kan een specifieke verplichting ondoelmatig en dus niet proportioneel zijn als de NZa voor hetzelfde probleem op korte termijn een generieke maatregel gaat nemen.

Beschikbare menskracht en middelen

Een praktische factor die telt bij de prioritering van AMM-zaken is de vraag of de NZa voldoende capaciteit en middelen heeft om het onderzoek op te starten. De NZa beschikt over een beperkt aantal medewerkers en middelen. Het kan bijvoorbeeld door een grote stijging van het aantal klachten voorkomen dat het aantal AMM-zaken meer capaciteit vraagt dan de NZa heeft.

Werkprogramma

De NZa onderwerpt (delen van) zorgmarkten periodiek aan een onderzoek. De uitkomsten van deze onderzoeken beoordeelt zij aan de hand van een Risico Analyse Model. De NZa kan ervoor kiezen om naar aanleiding van bepaalde resultaten zelf een AMM-onderzoek te starten. Daarnaast kan de NZa in haar jaarlijkse werkprogramma aandachtsgebieden, (deel)markten of thema's aangeven waar zij zich in het betreffende jaar specifiek op zal richten. Deze focus kan invloed hebben op de prioriteitsstelling ten aanzien van de inzet van het AMM-instrumentarium.

3.7 Artikel 49 Wmg: verplichting in geval van spoed

Artikel 49 Wmg geeft de NZa de bevoegdheid om één of meerdere verplichtingen zoals neergelegd in artikel 48 Wmg *vooruitlopend* op te leggen.

De NZa kan alleen vooruitlopend op artikel 48 Wmg een verplichting opleggen als dit onmiddellijk noodzakelijk is vanwege een spoedeisend belang om de concurrentie te waarborgen en de belangen van de consument te beschermen. De NZa moet een vooruitlopend opgelegde verplichting ook toetsen aan de eisen van proportionaliteit. Daarbij moet ze van geval tot geval beoordelen of er sprake is van een spoedeisend belang met onomkeerbare gevolgen. Verder beoordeelt de NZa of er een redelijk vermoeden van AMM is (zie hiervoor ook onder paragraaf PM). Hierbij is wel van belang dat bij het opleggen van een verplichting vooruitlopend op toepassing van artikel 48 Wmg nog niet alle onderzoeksstappen gedaan kunnen zijn. De belangenafweging moet dan ook in het licht van het vooruitlopende karakter van dit besluit worden gezien.

Bij verplichtingen op grond van artikel 49 Wmg moet wel tevens afgewogen worden of het vooruitlopende karakter proportioneel is. Er kan immers worden volstaan met een redelijk vermoeden bij de onderzoeksstappen. Hieraan wordt impliciet tegemoet gekomen doordat de wettelijke termijn voor de verplichting op grond van artikel 49 Wmg maximaal zes maanden is (artikel 49 lid 3 Wmg). Bovendien kan de onderbouwing van het besluit aangevuld worden als dezelfde verplichting naderhand bij toepassing van artikel 48 Wmg wordt opgelegd. Tot slot zitten deze proportionaliteitsoverwegingen in de voorwaarden voor spoedeisend belang (zie hieronder).

⁵⁰ Zie ook paragraaf 2.2.2

De beantwoording van de vraag of sprake is van spoedeisende gevallen, zal van geval tot geval bekeken moeten worden door de NZa. Er is sprake van een spoedeisend belang als zowel:

- de verwachting is dat het volgen van een normale procedure teveel tijd kost en de te treffen maatregel dan 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 verplichting vooruitlopend op toepassing van artikel 48 Wmg op te leggen. Dit kan nodig zijn als de beoogde marktwerking of de positie van op zich efficiënte marktpartijen anders onomkeerbare schade lijdt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een dreigend faillissement.

3.8 Procedure

3.8.1 Onderzoek ambtshalve of op verzoek

De NZa kan ambtshalve een onderzoek starten om vast te stellen of een marktpartij beschikt over AMM. Signalen van spelers uit de markt, maar ook eigen informatie van de NZa uit bijvoorbeeld marktmonitors kunnen dan aanleiding zijn voor een onderzoek.

Naast ambtshalve onderzoeken, ontvangt de NZa ook formele aanvragen in de zin van de Algemene wet Bestuursrecht (hierna: Awb) over AMM-situaties. Aan een formele aanvraag zijn op basis van de Awb bepaalde rechten voor de aanvrager en bepaalde plichten voor de NZa verbonden. Zo is de NZa in dat geval verplicht om een formeel besluit te nemen en de beklaagde hiervan een afschrift te sturen.

Van een formele aanvraag is sprake 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 ingegaan.

- Belanghebbende

Een belanghebbende is degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.⁵¹ Onder bepaalde voorwaarden kunnen ook rechtspersonen belanghebbende zijn.⁵² Op landelijk niveau werkzaam zijnde consumenten- en patiëntenorganisaties kunnen als belanghebbend gelden als het gaat om besluiten waarbij consumenten of patiënten belanghebbend kunnen zijn.⁵³ De NZa moet van geval tot geval bekijken of een individuele consument of een groep van consumenten aan de criteria van het begrip belanghebbende voldoen. Als geen sprake is van een belanghebbende, dan kan de NZa het verzoek behandelen als een signaal en eventueel ambtshalve een onderzoek starten. De NZa ziet het ook in dat geval als haar taak om, als consumentgericht en transparant toezichthouder, zulke verzoeken altijd in de eerste plaats zo goed mogelijk te beantwoorden.

⁵¹ Artikel 1:2, eerste lid, Awb.

⁵² Artikel 1:2, derde lid, Awb.

⁵³ Artikel 105 Wmg.

- Artikel 48 en/of 49 Wmg is van toepassing
Het is van belang dat het verzoek ook daadwerkelijk binnen de reikwijdte van artikel 48 en/of 49 Wmg valt.
- Informatieverstrekking
Een aanvrager moet conform artikel 4:2. Awb de NZa een bepaald minimum aan informatie beschikbaar stellen.

3.11.2 Welke informatie is vereist?

Aanvragen kunnen uitsluitend schriftelijk, bijvoorbeeld per e-mail of brief, ingediend worden bij de NZa. Alleen een belanghebbende kan een aanvraag indienen. Dit kan niet anoniem plaatsvinden. De aanvrager zal zijn aanvraag goed moeten onderbouwen (zie artikel 4:2, lid 2 Awb). Hoe uitgebreider en concreter de informatie is die aan de NZa wordt verstrekt, des te beter de NZa kan bepalen of ze een onderzoek moet starten.

Een aanvraag moet op grond van artikel 4:2 Awb minimaal voorzien zijn van de volgende informatie:

- de naam en het adres van de aanvrager;
- de dagtekening;
- een aanduiding van de beschikking die wordt gevraagd.

De aanvrager verstrekt daarnaast de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen (artikel 4:2, lid 2 Awb).

De NZa vindt het belangrijk dat de aanvrager tenminste informatie verschaft over:

- de naam van de beklaagde partij;
- de relatie tussen aanvrager en beklaagde;
- het (potentiële) mededingingsprobleem ten gevolge van AMM;
- alle redelijkerwijs beschikbare inhoudelijke informatie om voorgaande te staven.

Een goede informatievoorziening door de klager aan de NZa is van groot belang voor het succesvol in behandeling nemen van een klacht.

Als iemand een signaal bij de NZa afgeeft dat geen formele aanvraag in de zin van de Awb is, dan kan dit in principe vormvrij. Signalen kunnen door iedereen, anoniem of niet-anoniem, mondeling of schriftelijk worden afgegeven.

3.11.3 Procedure totstandkoming AMM-besluit

Vorbereidingsprocedure

Bij het voorbereiden van een besluit op grond van artikel 48 Wmg (opleggen AMM-verplichtingen) en/of 49 Wmg (voorlopige maatregelen) past de NZa de volgende procedurele regels toe:

- *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.⁵⁴ Niet alleen omdat het opleggen van AMM-verplichtingen zware consequenties heeft voor de AMM-partij zelf, maar ook omdat er andere belanghebbenden kunnen zijn. Daarom verzamelt en weegt de NZa al in eerste aanleg alle relevante informatie.
- *Maatregelen in het kader van artikel 49 Wmg (spoed):*

⁵⁴ Deze procedure is neergelegd in afd. 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is niet van toepassing bij spoedeisende gevallen. De NZa kan dan op grond van artikel 49 Wmg een maatregel vooruitlopend op de toepassing van artikel 48 Wmg opleggen als een redelijk vermoeden bestaat van AMM. Dit is om slagvaardiger te kunnen optreden in situaties waar dat noodzakelijk is. De NZa moet dan wel de bepalingen op grond van hoofdstuk 4 Awb toepassen op de voorbereiding van beschikkingen die zij neemt op grond van artikel 49 Wmg.

De NZa kan besluiten om een aanvraag niet in behandeling te nemen op grond van:

- de toepassing van haar prioriteringscriteria;
- het niet van toepassing zijn van het AMM-instrument;
- de noodzaak van doorverwijzing naar een andere bevoegde toezichthouder (bijvoorbeeld de NMa).

De bepalingen op grond van hoofdstuk 4 van de Awb zijn in beginsel van toepassing op een besluit van de NZa om een aanvraag niet in behandeling te nemen.

Beslistermijnen van de NZa

De NZa hanteert de beslistermijnen van de Awb.⁵⁵ Dit betekent voor een besluit op aanvraag om toepassing van artikel 48 Wmg dat de NZa zo spoedig mogelijk en in beginsel uiterlijk binnen zes maanden na ontvangst van de aanvraag, een besluit neemt. Als dat nodig is kan de NZa een langere beslistermijn hanteren.⁵⁶ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als voor AMM-zaken een uitvoerig marktonderzoek nodig is. Deze langere termijn moet wel proportioneel zijn. Voordat de NZa besluit de beslistermijn te verlengen, moet hij de aanvrager in de gelegenheid stellen zijn zienswijze hierover naar voren te brengen. Wat betreft aanvragen om toepassing van artikel 49 Wmg hanteert de NZa in beginsel een beslistermijn van acht weken op grond van artikel 4:13 van de Awb.

Verplichtingen

De NZa kan aan de AMM-verplichtingen die zij oplegt voorschriften en beperkingen verbinden, die nodig zijn voor een goede uitvoering daarvan.⁵⁷ De NZa kan een verplichting voor een periode van maximaal drie jaar (gerekend vanaf de datum waarop de verplichting ingaat) opleggen.⁵⁸ De NZa kan binnen deze termijn beslissen de verplichting in te trekken als die niet meer noodzakelijk is of te wijzigen en/of te verlengen, telkens voor een periode van ten hoogste drie jaar. Voor een besluit tot intrekking, wijziging of verlenging van een AMM-besluit moet de NZa weer de uniforme voorbereidingsprocedure volgen⁵⁹. Bij het niet naleven van opgelegde verplichtingen kan de NZa sancties opleggen. Voor informatie over de manier waarop de NZa van plan is sanctie-instrumenten toe te passen heeft de NZa een handhavingsplan gepubliceerd op haar website.

Publicatie van AMM-besluiten

De NZa neemt bij de publicatie van haar AMM-besluiten de bepalingen omtrent openbaarmaking in acht, zoals neergelegd in de Wmg, de Awb en de Wob (Wet openbaarheid van bestuur).

De NZa doet in beginsel mededeling van haar AMM-besluiten op haar website en in haar jaarverslaglegging. Als de NZa vaststelt dat een partij

⁵⁵ Artikel 3:18 Awb.

⁵⁶ Artikel 3:18, tweede lid, Awb.

⁵⁷ Artikel 48, vierde lid, Wmg.

⁵⁸ Artikel 48, vijfde lid, Wmg.

⁵⁹ Wel gelden een aantal bijzondere bepalingen bij dit soort besluiten, zoals artikel 3:15, vierde lid, Awb en een afwijkende beslistermijn (3:18 Awb).

AMM heeft en aan die partij verplichtingen oplegt, zal zij conform artikel 20 van de Wmg handelen en een mededeling plaatsen in de Staatscourant met de vermelding dat het besluit ter inzage ligt op het kantoor van de NZa. Bij de publicatie van AMM-besluiten neemt de NZa de bepalingen op grond van de Wob in acht. Zodoende maakt zij bijvoorbeeld geen bedrijfsvertrouwelijke gegevens openbaar.