

Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg

Inleiding

Kenmerk
AL/BR-0001

1. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) stelt deze beleidsregel, gelet op artikel 57, lid 1, sub a, van de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg) vast. Hiermee geeft de NZa aan op welke manier zij toepassing geeft aan de artikelen 48 en 49 Wmg.
2. Deze beleidsregel kan worden aangehaald als 'Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht'.
3. In deze beleidsregel wordt verstaan onder:
 - a. AMM: Aanmerkelijke marktmacht
 - b. Aanmerkelijke marktmacht: de positie van een of meer zorgaanbieder(s) of ziektekostenverzekeraar(s) 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, indien het een zorgaanbieder betreft;
 - zorgaanbieders, indien het een ziektekostenverzekeraar betreft, of
 - consumenten.
 - c. AMM-instrument: het wettelijke instrumentarium van de NZa, zoals neergelegd in paragraaf 4.3 Wmg.
 - d. NZa: De Nederlandse Zorgautoriteit
 - e. NMa: De Nederlandse Mededingingsautoriteit
 - f. Wmg: Wet marktordening gezondheidszorg
 - g. Awb: Algemene wet bestuursrecht

Beoordelingskader van de NZa

4. Paragraaf 4.3 Wmg geeft de NZa de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen aan een of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars met AMM. Zoals blijkt uit de titel van deze paragraaf strekt het AMM-instrument zich uit tot de zorgverzekeringsmarkt, de zorgverleningsmarkt en de zorginkoopmarkt. Het gaat daarbij om alle markten die binnen de reikwijdte van de Wmg vallen, dat wil zeggen markten met betrekking tot "zorg" in de zin van de Wmg.¹ De NZa kan alleen op dergelijke zorgmarkten het bestaan van een AMM-positie vaststellen en daartegen optreden.

5. Het doel van het opleggen van verplichtingen bij AMM is om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en te voorkomen dat

¹ Zorg zoals omschreven in Artikel 1 onder b Wmg omvat Zvw zorg, AWBZ 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 kunnen bij AMVB (Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer Wmg) bepaalde activiteiten hiervan uitgezonderd of hieraan toegevoegd worden. Via het Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer Wmg is de reikwijdte van de Wmg uitgebreid tot personen als bedoeld in artikel 3 of 34 van de wet BIG, voor zover het werkzaamheden betreft in het kader van hun beroepsuitoefening voor zover niet al begrepen in artikel 1 onder b van de Wmg. Onder het begrip "met betrekking tot zorg" vallen ook zorgverzekeringen.

concurrentie wordt verhinderd op de zorgverzekeringsmarkt, de zorgverleningsmarkt of de zorginkoopmarkt.²

Kenmerk
AL/BR-

Pagina
2 van 8

6. Deze beleidsregel heeft als doel om marktpartijen in algemene zin inzicht te geven in de manier waarop de NZa het AMM-instrument zal toepassen. De beleidsregel geeft aan op welke wijze de NZa zal omgaan met haar discretionaire bevoegdheid ingevolge de artikelen 48 en 49 Wmg om verplichtingen aan een of meer zorgaanbieder(s) of ziektekostenverzekeraar(s) met AMM op te leggen. De beleidsregel is hierin richtinggevend en niet uitputtend bedoeld. De uiteindelijke invulling van de bevoegdheid tot het opleggen van verplichtingen zal in concrete gevallen plaatsvinden in de besluiten van de NZa op grond van paragraaf 4.3 Wmg.

7. Wanneer de NZa besluit om al dan niet een AMM-onderzoek te openen kan zij hierbij prioriteiten stellen (zie paragraaf 28). Als de NZa een AMM-onderzoek opent, dan kan zij dit onderzoek structureren aan de hand van de volgende vragen:

- I. hoe de relevante product- en geografische markt moeten worden afgebakend;
- II. of op de relevante markt een AMM-positie bestaat;
- III. of sprake is van (potentiële) mededingingsproblemen ten gevolge van het bestaan van deze AMM-positie.

Vervolgens wordt bekeken of het mogelijk is eerdergenoemde problemen op te lossen door een of meer proportionele verplichtingen aan de AMM-partij op te leggen.

Om een AMM-verplichting op te kunnen leggen, moet de NZa het vermoeden hebben (artikel 49 Wmg) of vaststellen (artikel 48 Wmg) 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.

De relevante markt

8. Om te bepalen of er sprake is van een (vermoeden van een) AMM-positie dient allereerst *de relevante markt* waarop een partij zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen, afgebakend te worden.

9. De NZa zal het bestaan van een AMM-positie van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar alleen vaststellen op basis van een afbakening van de markt waarop deze partij actief is (zie echter paragraaf 16 over de mogelijkheid vast te stellen dat géén sprake is van AMM zonder eerst de markt af te bakenen). De NZa sluit hiervoor aan bij de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, de NMa en de OPTA die het begrip 'relevante markt' gebruiken. Dit begrip wordt gebruikt om

² Zie de Memorie van Toelichting bij de Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr 3, blz. 19.

markten af te bakenen met als doel te bepalen welke concurrentiedruk het gedrag van de betrokken onderneming disciplineert.

Kenmerk
AL/BR-

Pagina
3 van 8

10. Bij het bepalen van de relevante markt zal worden onderzocht welke producten, in welk geografisch gebied, concurreren met het product van de betrokken onderneming. De afgebakende producten en gebieden vormen tezamen de relevante markt. Vervolgens kan de NZa dan vaststellen hoe sterk de positie van de betrokken onderneming is op deze relevante markt (zie punt 16 t/m 22 van deze beleidsregel).

De relevante productmarkt

11. Conform de definitie van de Europese Commissie omschrijft de NZa de relevante productmarkt als volgt: 'een relevante productenmarkt [omvat] alle producten die door de afnemer als uitwisselbaar en substitueerbaar beschouwd worden op grond van de kenmerken van het product, de prijzen en het beoogde gebruik.' Bij het afbakenen van een relevante markt spelen zowel vraag- als aanbodsubstitutie een belangrijke rol.³

12. Vraagsubstitutie betreft de mate waarin afnemers bereid zijn om de betrokken dienst of het betrokken product te vervangen door andere diensten of producten. Om vast te stellen wat de mogelijkheden zijn van vraagsubstitutie, is het noodzakelijk om aanbieders van mogelijke alternatieve producten in kaart te brengen.

13. Aanbodsubstitutie betreft de vraag welke andere leveranciers dan die de betrokken producten of diensten aanbieden, bereid zijn hun productlijn op (zeer) korte termijn om te schakelen dan wel de betrokken producten of diensten kunnen aanbieden zonder aanzienlijke extra kosten, in reactie op een kleine, maar significante, duurzame prijsverhoging.⁴ Deze leveranciers moeten worden beschouwd als concurrenten en zij vormen daardoor onderdeel van de relevante productmarkt. Het bepalen van de substitutie aan de aanbodzijde dient derhalve niet alleen om de relevante markt af te bakenen, maar ook om het aantal marktdeelnemers vast te stellen.

De relevante geografische markt

14. Conform de definitie van de Europese Commissie omschrijft de NZa de relevante geografische markt als volgt: 'het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen'.⁵ Bij het afbakenen van de geografische markt onderzoekt de NZa in welke mate consumenten hun vraag naar de producten of diensten eenvoudig kunnen substitueren door producten te kopen bij aanbieders die elders gelokaliseerd zijn.

³ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PubEG 1997, C372/5, randnummer 7.

⁴ Hierbij dient ook rekening te worden gehouden met bestaande juridische of wettelijke eisen waardoor plannen om snel tot de markt in kwestie toe te treden kunnen worden belemmerd.

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

15. De NZa kan voor het afbakenen van de markt verschillende kwalitatieve en kwantitatieve methoden gebruiken. De analyse van zowel de productmarkt als de geografische markt is geen mechanisch of abstract proces. Het vereist een analyse van marktgedrag en –structuur in het heden en in het verleden in een bepaalde sector. Bij deze analyse zijn bij voorkeur gegevens nodig waaruit blijkt dat de afnemers in het verleden direct zijn overgeschakeld op andere producten of diensten in reactie op prijsaanpassingen of kwaliteitswijzigingen, of gegevens waaruit blijkt dat daadwerkelijk op korte termijn toetreding heeft plaatsgevonden. Veelal zal dergelijke informatie niet voorhanden zijn. Dan zal de NZa proberen om een inschatting te maken van de vermoedelijke reacties van afnemers en leveranciers op een relatieve prijsverhoging of kwaliteitswijziging voor de dienst of het product in kwestie.

Kenmerk
AL/BR-
Pagina
4 van 8

Vaststellen AMM

16. Teneinde te bepalen of sprake is van AMM moet de NZa vervolgens vaststellen of de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen. Hierbij onderzoekt de NZa de verhoudingen tussen marktpartijen. Daarnaast bekijkt ze of de zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar de macht heeft om voor een bepaalde periode onafhankelijk van zijn concurrenten, wederpartijen en/of consumenten de prijzen, kwaliteit en/of andere concurrentieparameters op aanmerkelijke wijze te beïnvloeden. Een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar kan individueel of gezamenlijk met anderen over AMM beschikken. Wanneer de NZa vaststelt dat inderdaad sprake is 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 echter niet per definitie eerst de relevante markt af te bakenen: indien de NZa vaststelt dat niet aannemelijk is dat onafhankelijk gedrag mogelijk is, volstaat dit om te bepalen dat geen sprake is van AMM. Ten slotte kunnen aan een partij met AMM 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 – overbodig (zie ook paragraaf 7).

Individuele AMM

17. Het bestaan van individuele AMM onderzoekt de NZa aan de hand van een aantal factoren en is gebaseerd op een prospectieve marktanalyse waarbij de geldende marktvoorwaarden meegenomen worden. Uit de Memorie van Toelichting, de Europese jurisprudentie en de beschikkingenpraktijk van de NMa en de OPTA is een aantal factoren te destilleren die van belang kunnen zijn om te bepalen of een partij AMM heeft.⁶ Dit zijn:

- Het marktaandeel van de betrokken zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar
- Het relatieve marktaandeel ten opzichte van de andere spelers op de markt

⁶ Zie mn de Memorie van Toelichting bij de Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr 3, blz 19-20, de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PubEG 2002, C 165/03.

- De omvang en het financiële vermogen van de marktpartij (schaalvoordelen, technische voordelen, financiële voordelen, breedte- en portfoliovoordelen)
- De aan- of afwezigheid van toetredingsdrempels
- Overstapkosten voor afnemers / consumenten
- De compenserende inkoopmacht van afnemers / consumenten.

Kenmerk

AL/BR-

Pagina

5 van 8

18. In haar analyse sluit de NZa hierbij aan.⁷ Deze opsomming van factoren is niet uitputtend. Zij is evenmin geordend naar een vaste volgorde van relevantie: vanwege de diversiteit van de zorgmarkten is het niet mogelijk aan de verschillende factoren een vast relatief gewicht toe te kennen. De lijst geldt niet als een 'checklist', noch voor marktpartijen, noch voor de NZa. AMM kan voortvloeien uit een combinatie van bovengenoemde factoren, die elk afzonderlijk niet noodzakelijk bepalend hoeven te zijn. De NZa beoordeelt daarom per geval welke factoren bij het vaststellen van AMM relevant zijn in het licht van de omstandigheden op de relevante markt en van de ontwikkelingsfase waarin deze markt zich bevindt.

Gezamenlijke AMM

19. Er is sprake van gezamenlijke AMM van twee of meer partijen wanneer deze feitelijk optreden als één blok, omdat de structuur van de markt dusdanig is dat het economisch rationeel is voor partijen om zich op deze wijze te gedragen.⁸ Ook dan is er, net als bij individuele AMM, beperking van de daadwerkelijke mededinging tussen de marktpartijen.

20. De factoren die relevant zijn voor het beoordelen door de NZa van individuele AMM, zijn ook relevant voor het beoordelen van gezamenlijke AMM. Daarnaast zal de NZa bij gezamenlijke AMM aan de hand van de kenmerken van de marktstructuur beoordelen of het, gegeven deze marktstructuur, voor marktpartijen in economisch opzicht rationeel en verkieslijk is om een permanent, gezamenlijk beleid op de markt te volgen met bijvoorbeeld het doel om verkoopprijzen te hanteren die boven het competitieve niveau liggen.

21. Uit de Europese jurisprudentie, de literatuur en de beschikkingenpraktijk van de NMa en de OPTA zijn marktkenmerken te destilleren die gezamenlijke AMM faciliteren.⁹ Dit zijn met name:

- Een hoge concentratiegraad
- Een transparante markt
- Homogene producten

⁷ Zie ook art. 18, lid 4, Wmg.

⁸ De situatie waarin partijen op de markt feitelijk optreden als één blok waaraan een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, ten grondslag liggen en die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen, beperken of vervalsen, is verboden op grond van artikel 6 van de Mededingingswet. Het toezicht hierop valt onder de bevoegdheid van de NMa.

⁹ 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 en 6 augustus 2001 in zaak 2184/Air Products – AGA en van 11 september 2003 en 8 december 2003 in zaak 3368/Nuon – Reliant.

- Symmetrie tussen de grote partijen (marktaandeel en kostenstructuur)
- Hoge toetredingsdrempels
- Een verzadigde markt
- Meervoudige onderlinge relaties tussen de belangrijkste marktpartijen
- Een (duurzaam) handhavingsmechanisme.

Kenmerk
AL/BR-

Pagina
6 van 8

22. In haar analyse sluit de NZa hierbij aan.¹⁰ De opsomming van factoren is niet limitatief en is niet gerangschikt naar relevantie. Het relatieve belang van deze factoren zal de NZa per geval beoordelen.

Mededingingsproblemen en proportionaliteit van verplichtingen

Mededingingsproblemen

23. Als de NZa op basis van de bovenstaande analyse vaststelt dat een of meerdere zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars over AMM beschikken waardoor (potentiële) mededingingsproblemen ontstaan, dan kan de NZa een of meer verplichtingen opleggen. Artikel 48 Wmg somt de specifieke verplichtingen op die de NZa kan opleggen.¹¹

Proportionaliteit

24. De NZa legt een of meer AMM-verplichtingen op *proportionele* wijze op: de opgelegde verplichtingen moeten naar aard en inhoud passen bij de geconstateerde specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin.¹² De NZa doorloopt daarbij de volgende drie stappen.

25. De eerste stap is de vraag of een op te leggen verplichting *geschikt* is. Het criterium is dat met het opleggen van de verplichting doelstellingen van de Wmg worden verwezenlijkt en in concreto het mededingingsprobleem wordt voorkomen.

26. De tweede stap is de vraag of de verplichting *noodzakelijk* is. De NZa overweegt daarbij of het probleem van dien aard en omvang is dat het een oplossing behoeft, vervolgens of er een minder belastend ander instrument mogelijk is, tot slot of lichtere, eveneens geschikte verplichtingen mogelijk zijn.

27. De derde stap is de vraag of per saldo een *positief effect* wordt bereikt met het opleggen van de verplichting. De voordelen van de verplichting (het bereiken van de doelstellingen van de Wmg), dienen groter te zijn dan de nadelen voor de individuele AMM-partij en de markt als geheel.

Wanneer zet de NZa het AMM-instrument in

28. De NZa kan ambtshalve een onderzoek starten of op aanvraag van een belanghebbende. Om haar beschikbare middelen zo doelmatig mogelijk in te kunnen zetten, stelt de NZa prioriteiten ten aanzien van het starten van onderzoek dat kan leiden tot het opleggen van een AMM-verplichting. 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

¹⁰ Zie ook art. 18, lid 4, Wmg.

¹¹ Het gaat hier om een limitatieve lijst aan verplichtingen, die echter op grond van artikel 48, eerste lid, sub I, Wmg bij ministeriële regeling kan worden aangevuld.

¹² Zie de Memorie van Toelichting bij de Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr 3.

weergegeven vragen te beantwoorden om tot het oordeel te komen dat er geen sprake is van prioriteit.

Kenmerk
AL/BR-

Pagina
7 van 8

- Heeft de NZa een 'redelijk vermoeden' dat er sprake is van een individuele of gezamenlijke AMM-positie op de relevante markt?¹³
- Wat is het algemeen consumentenbelang?
- Wat is de ernst van de situatie?
- Is optreden door de NZa doelmatig en doeltreffend? Met andere woorden: kan met de inzet van het AMM-instrument een gewenste situatie bereikt of in voldoende mate benaderd worden?
- Is uitvoering van het onderzoek mogelijk met de beschikbare menskracht en middelen van de NZa?

29. De NZa kan in haar jaarlijkse werkplan aandachtsgebieden, (deel)markten of thema's aangeven waarop zij zich in het betreffende jaar specifiek zal richten. Deze focus kan invloed hebben op de prioriteitsstelling bij de inzet van het AMM-instrumentarium.

Artikel 49 Wmg: een verplichting in geval van spoed

30. De NZa is op grond van artikel 49 Wmg bevoegd tot het opleggen van een verplichting vooruitlopend op de toepassing van artikel 48 Wmg indien zij een redelijk vermoeden heeft dat sprake is van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar met AMM. De duur van de maatregel bedraagt in beginsel een periode van maximaal zes maanden. De NZa neemt bij haar afweging tot toepassing van dit instrument de wettelijke criteria in acht. De NZa zal overgaan tot het opleggen van een dergelijke verplichting als, naast het redelijk vermoeden van AMM, naar haar mening sprake is van een spoedeisend belang.

Procedure

31. Consumenten, belangenorganisaties en marktpartijen kunnen bij de NZa terecht met meldingen over problemen die het gevolg zijn van AMM. Bij klachten of meldingen in verband met AMM kunnen zij zich richten tot:

E-mail: **Informatielijn@nza.nl**

Hierbij graag als onderwerp uitdrukkelijk "AMM" vermelden.

Of

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

32. Bij de voorbereidingsprocedure van besluiten op grond van de artikelen 48 en 49 Wmg gelden in beginsel de relevante bepalingen uit de Wet marktordening gezondheidszorg, de Algemene wet bestuursrecht en de Wet openbaarheid van bestuur.

¹³ Dit vormt tevens een van de voorwaarden voor het mogelijk opleggen van voorlopige maatregelen zoals omschreven in artikel 49 Wmg. Zie ook punt 26 van deze beleidsregel.

33. In de staatscourant komt een mededeling van de vaststelling door de NZa van deze beleidsregel met de vermelding dat deze ter inzage ligt, conform artikel 20, lid 2, Wmg. De NZa zal de beleidsregel daarnaast op haar website plaatsen.

Kenmerk
AL/BR-
Pagina
8 van 8

34. Deze beleidsregel treedt in werking met ingang van de tweede dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin de mededeling over de vaststelling van de beleidsregel staat. Met de inwerkingtreding eindigt Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg met nummer AL/BR-100.086.

35. De NZa zal deze beleidsregel ten minste iedere 2 jaar na de inwerkingtreding evalueren.