

Zorgautoriteit moet niet alleen blaffen, maar ook kunnen bijten

F.T. Schut en M. Varkevisser

*Beide auteurs zijn werkzaam bij het instituut Beleid & Management Gezondheidszorg (iBMG) van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Tevens zijn ze verbonden aan het Erasmus Competition and Regulation institute (ECRI).
varkevisser@bmg.eur.nl*

Het wetsvoorstel WMG biedt de toekomstige zorgautoriteit onvoldoende houvast om markten te 'maken' en 'bewaken'. Aanpassing van de definitie van aanmerkelijke marktmacht en verbreding van de reikwijdte zijn noodzakelijk.

Op 1 april 2006 moet de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) een feit zijn. De wettelijke basis voor deze nieuwe sector-specifieke toezichthouder wordt gevormd door het wetsvoorstel Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG). Dit voorstel is eind vorig jaar bij de Tweede Kamer ingediend en inmiddels besproken in de vaste Kamercommissie voor VWS (Tweede Kamer, 2005a, 2005b en 2005c). Over de vraag of de NZa op basis van de WMG te veel of te weinig macht krijgt lopen de meningen sterk uiteen. Waar sommigen vrezen dat de nieuwe zorgautoriteit te machtig wordt, vinden anderen juist dat zij wordt opgezaald met een incomplete 'gereedschapskist' en een 'dode letter'.¹ In dit artikel beargumenteren we waarom het huidige wetsvoorstel de NZa onvoldoende houvast biedt voor een slagvaardig preventief mededingingstoezicht in de gezondheidszorg.

NZa en hoofdlijnen WMG

In de toezichtstructuur van het nieuwe Nederlandse zorgstelsel is zowel voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) als de NZa een belangrijke rol weggelegd. De NMa dient erop toe te zien dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders de Mededingingswet naleven. Naast dit generieke mededingingstoezicht is er het sectorspecifieke toezicht van de nieuw op te richten NZa.² Op grond van de WMG krijgt de NZa verschillende taken toegewezen, waaronder het markttoezicht op zowel de zorgverzekerings-, zorginkoop- als de zorgverleningsmarkt. Het is deze taak, die onder andere bestaat uit het 'maken' en 'bewaken' van markten en het bevorderen van de transparantie, waar we in dit artikel nader op ingaan.

Voorals de mogelijkheid die de zorgautoriteit krijgt om aan dominante marktpartijen specifieke verplichtingen op te leggen is van groot belang voor het op gang brengen van concurrentie in deelmarkten waarin dit mogelijk is gemaakt. De aanwezigheid van één of enkele machtige ondernemingen kan dit namelijk frustreren. Om marktwerking op deelmarkten met vrij onderhandelbare tarieven te bevorderen, kan de NZa

daarom ten aanzien van partijen met 'aanmerkelijke marktmacht' preventieve maatregelen nemen om een (meer) gelijk speelveld te creëren. Er is volgens de WMG sprake van aanmerkelijke marktmacht als zorgaanbieders of zorgverzekeraars een zodanige machtspositie hebben dat zij zich (alleen of gezamenlijk) onafhankelijk van andere partijen kunnen gedragen en daardoor de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie kunnen belemmeren. Deze definitie komt sterk overeen met de definitie van een economische machtspositie zoals die in de Mededingingswet is opgenomen. Het belangrijkste verschil tussen beide zit in de doel van het instrument. Waar het bij aanmerkelijke marktmacht gaat om het *ontwikkelen* van concurrentie, gaat het bij een economische machtspositie om het *in stand houden* van concurrentie.

Vaststellen 'aanmerkelijke marktmacht' problematisch

De definitie van aanmerkelijke marktmacht legt een zware bewijslast bij de zorgautoriteit. Want hoe moet deze vaststellen of een onderneming zich onafhankelijk kan gedragen? In het huidige wetsvoorstel is dit – net als bij het vaststellen van een economische machtspositie en de bestaande jurisprudentie op dit gebied – direct gekoppeld aan het marktaandeel van een onderneming. In de memorie van toelichting bij de WMG wordt een onderscheid gemaakt tussen vier mogelijke situaties (Tweede Kamer, 2005b, blz. 19/20):

- Marktaandeel van 55% of meer: dergelijke ondernemingen kunnen zich onafhankelijk van de markt gedragen en hebben dus aanmerkelijke marktmacht.
- Marktaandeel tussen 40% tot 55%: het is aannemelijk dat dergelijke ondernemingen aanmerkelijke marktmacht hebben, maar dat moet bevestigd worden door bijkomende factoren aangaande de marktstructuur.
- Marktaandeel tussen 25% en 40%: dergelijke ondernemingen kunnen alleen door een combinatie van bijkomende factoren aanmerkelijke marktmacht hebben.
- Marktaandeel minder dan 25%: het is onwaarschijnlijk dat een dergelijke onderneming zich onafhankelijk van de markt kan gedragen.

Om marktaandelen te kunnen bepalen moet de relevante product- en geografische markt worden afgebakend. En daar wringt de schoen: waar een adequate marktafbakening op zich

¹ Zie bijvoorbeeld de artikelen 'Hoogleraar: zorgautoriteit mist wapen' in *Het Financieele Dagblad* van 23 november 2005 en 'Toezichthouder zorg mag te veel en te weinig' in *NRC Handelsblad* van 24 november 2005.

² De NZa is een samenvoeging van het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) en het College Tarieven Gezondheidszorg/Zorgautoriteit i.o. (CTG/Zaio).

al moeilijk is, is dat in de gezondheidszorg nog veel problematischer. Belangrijkste oorzaken hiervan zijn de heterogeniteit van het 'product' zorg en het feit dat consumenten door de aanwezigheid van verzekeringen geen (volledige) prijs ervaren. Traditionele, op Amerikaanse leest geschoeide marktafbakeningstechnieken die gebaseerd zijn op het reisgedrag van patiënten zijn inmiddels zeer omstreden en juridisch kwetsbaar gebleken (FTC en DOJ, 2004). Alternatieve methoden – onder andere gebaseerd op de schatting van reistijdelasticiteiten (Capps et al., 2002) – zijn niet alleen nog volop in ontwikkeling, maar ook tijdrovend.

De verzachtende opmerking in de memorie van toelichting dat de zorgautoriteit bij het afbakenen van de relevante markt gebruik kan maken van het werk dat de NMa op dit gebied al heeft verricht, is dan ook een te simpele voorstelling van zaken. Daar komt nog bij dat de mededingingsautoriteit tot op heden geen relevante markten exact heeft afgebakend, omdat dit voor de uiteindelijke beoordeling van de betreffende fusies achterwege kon blijven (zie bijvoorbeeld NMa, 2005a). Bovendien is een correcte marktafbakening extra lastig omdat het juist bij een markt *in ontwikkeling* moeilijk te voorspellen is hoe bijvoorbeeld patiënten zullen reageren op een toenemende variatie in prijs en kwaliteit. Hoewel een groot marktaandeel slechts één van de vele factoren is waaraan ondernemingen een machtspositie kunnen ontlenen, lijkt het erop dat de NZa dergelijke factoren feitelijk pas bij de vaststelling van aanmerkelijk marktmacht mag betrekken *nadat* een verontrustend, maar niet exceptioneel hoog marktaandeel is vastgesteld. Dit maakt een slagvaardig optreden van de zorgautoriteit onwaarschijnlijk. Niet alleen omdat de marktafbakening zelf tijdrovend is, maar ook omdat de methoden van marktafbakening omstreden en dus juridisch kwetsbaar zijn. Bovendien miskent het primaat van het marktaandeel het belang van andere mogelijke determinanten van marktmacht, zoals toetredingsdrempels, machtsposities in verwante deelmarkten en ongelijke startposities bij aanvang van de marktwerking (bijvoorbeeld als gevolg van in het verleden opgebouwde kapitaalreserves).

Te beperkte reikwijdte

Een ander belangrijke tekortkoming van het wetsvoorstel WMG is de te beperkte reikwijdte van het preventief markttoezicht. Op dit punt vallen zowel de (nog) niet volledig geliberaliseerde markten als de zorgverzekeringsmarkt onzes inziens onterecht buiten het werkgebied van de NZa.

Concurrentie op deelmarkten met maximumtarieven

Op grond van het wetsvoorstel WMG mag de zorgautoriteit alleen ingrijpen bij aanmerkelijke marktmacht op deelmarkten met volledig vrije tarieven. Met het oog op een geleidelijke invoering van marktwerking zijn in verschillende deelmarkten – zoals die voor thuiszorg en huisartsenzorg – vaste tarieven vervangen door maximumtarieven en is tevens de contracteerplicht voor zorgverzekeraars afgeschaft. De NZa kan op die markten echter niet preventief ingrijpen om te voorkomen dat dominante verzekeraars of aanbieders de gecreëerde ruimte voor marktwerking teniet doen. Zo kan de NZa niet ingrijpen als aan de aanbodkant machtsposities bestaan die verhinderen dat lagere dan maximumtarieven tot stand komen. Evenmin

kan de NZa ingrijpen als zorgverzekeraars over inkoopmacht beschikken die hen mogelijkheden biedt om onredelijke contractvoorwaarden af te dwingen of andere zorgaanbieders of zorgverzekeraars uit te sluiten.

Zorgverzekeringsmarkt

De WMG geeft de NZa uitsluitend de bevoegdheid om preventief op te treden tegen aanmerkelijke marktmacht op de *zorginkoopmarkt* (waar verzekeraars zorg inkopen bij zorgaanbieders) en niet op *zorgverzekeringsmarkt* (waar verzekeraars polissen verkopen aan verzekerden). Minister Hoogervorst voert hiervoor drie redenen aan. De eerste reden is dat de verzekeraars die de Zvw uitvoeren "al gewend zijn aan concurrentie" (Tweede Kamer, 2005b, blz. 23). Een weinig overtuigend argument, aangezien de concurrentie op de ziekenfondsmarkt in het verleden niet al te effectief is gebleken. Door de geringe prijsgevoeligheid van verzekerden was de prijsconcurrentie zo gering dat het in 2001 nodig bleek om de financiële reserves van de toenmalige ziekenfondsen aan een wettelijk maximum te binden (Schut, 2001). Dat in het verleden marktwerking is ingevoerd, betekent dus niet dat de zorgverzekeringsmarkt reeds voldoende ontwikkeld is. Bovendien is met de invoering van het nieuwe zorgstelsel per 1 januari 2006 een geheel nieuwe situatie ontstaan die de nodige onzekerheden met zich meebrengt. Het is dus te kort door de bocht om er op voorhand reeds vanuit te gaan dat het opleggen van specifieke verplichtingen aan zorgverzekeraars met een machtspositie niet nodig is om de huidige, volledig nieuwe zorgverzekeringsmarkt op gang te brengen. Zeker omdat een gezonde concurrentie tussen zorgverzekeraars van cruciaal belang is voor het welslagen van de stelselherziening.

De tweede reden is dat de Zvw volgens de minister al voldoende voorziet in wettelijke voorwaarden om de onderlinge concurrentie tussen zorgverzekeraars te stimuleren. Daarbij wijst hij op de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie en de verplichting voor zorgverzekeraars met meer dan 850.000 verzekerden om landelijk te werken. "Hierdoor kunnen", aldus Hoogervorst, "verzekeraars zich niet onafhankelijk gedragen van hun concurrenten of de consument" en is het "dus niet nodig een extra instrument in te zetten om de verzekeringsmarkt op gang te brengen" (Tweede Kamer, 2005c, blz. 39). Een dergelijk optimisme wordt echter niet gedeeld door de NMa. Sterker nog, de mededingingsautoriteit houdt nadrukkelijk rekening met de mogelijkheid dat landelijk werkende zorgverzekeraars via provinciale polissen ook op de zorgverzekeringsmarkt *regionale marktmacht* zouden kunnen verkrijgen (NMa, 2005b). Wanneer de regionaal grootste zorgverzekeraars op grond van hun regionale inkoopmacht exclusieve inkoopvoordelen zou kunnen bedingen die zij via provinciale polissen deels zouden doorgeven aan hun verzekerden, zou dit de toetreding door andere zorgverzekeraars effectief kunnen tegengaan. Voor de NMa vormde de dreiging van een dergelijk 'regionaal mechanisme' voldoende aanleiding om de fusie van zorgverzekeraars CZ en OZ alleen onder voorwaarden toe te staan (NMa 2005c).³

³ Uiteindelijk heeft de NMa dit vergunningsbesluit en de bijbehorende voorschriften moeten intrekken. Reden hiervoor is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam dat voor de fusie geen vergunning vereist was omdat ziekenfondsen geen ondernemingen zijn in de zin van de Mededingingswet (NMa 2005d).

Blijkens het betreffende besluit is ook de beoogde zorgautoriteit (CTG/ZAio en CTZ) er bepaald niet van overtuigd dat de zorgverzekeringsmarkt vanzelf wel goed zal functioneren.

Als derde reden voor het achterwege laten van preventief toezicht op machtsposities in de zorgverzekeringsmarkt voert Hoogervorst aan dat het opleggen van extra verplichtingen aan zorgverzekeraars die effect hebben op acceptatie, het pakket en de premie zich slecht verdraagt met de derde schadeverzekeringsrichtlijn van de Europese Unie. Mocht dit argument steekhoudend zijn, dan is de vraag waarom het uitsluitend van toepassing zou zijn op de zorgverzekeringsmarkt. Ook maatregelen tegen dominante zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt kunnen immers effect hebben op de polisvoorwaarden en de bedrijfsvoering van zorgverzekeraars. De minister is overigens nogal tweeslachtig als het gaat om de invloed van Europese richtlijnen. In antwoord op Kamervragen geeft hij namelijk aan dat een nationale overheid binnen het Europese gemeenschapsrecht vrij is om bij een dringende reden van algemeen belang verplichtingen op te leggen aan ondernemingen, mits deze noodzakelijk en proportioneel zijn. Zo'n dringende reden is in dit geval door het kabinet gedefinieerd als "het laten functioneren van het nationale gezondheidszorgstelsel opdat de toegang tot een goede kwaliteit van de gezondheidszorg tegen een aanvaardbare prijs gewaarborgd is" (Tweede Kamer, 2005c, blz. 40). Dit lijkt voldoende mogelijkheden te bieden om ook te kunnen optreden tegen dominante machtsposities op de zorgverzekeringsmarkt. Een goed functionerende zorgverzekeringsmarkt is immers noodzakelijk om verzekeraars aan te zetten om scherp te onderhandelen op de zorginkoopmarkt en om gunstige onderhandelingsresultaten door te geven aan de verzekerden in de vorm van lagere premies en/of een hogere kwaliteit. Kortom, het lijkt dus van tweeën één: óf het is toegestaan om zowel op de zorginkoopmarkt als op de zorgverzekeringsmarkt specifieke verplichtingen op te leggen aan zorgverzekeraars met aanmerkelijke marktmacht, óf het is op beide markten niet mogelijk. In het eerste geval moet de onevenwichtigheid die momenteel in de WMG zit worden weggewerkt om ook op de zorgverzekeringsmarkt concurrentie te kunnen bevorderen en in het tweede geval blijft er van het voorgenomen takenpakket van de NZa weinig over.

Oplossingen

De NZa dient niet alleen markten in de Nederlandse gezondheidszorg te 'maken', maar ook te 'bewaken'. De huidige definitie van aanmerkelijke marktmacht en de beperkte reikwijdte van het preventieve markttoezicht stelt de waakhond echter onvoldoende in staat om daar waar nodig echt te kunnen bijten. Voor een slagvaardig mededingingstoezicht in de gezondheidszorg dient de WMG daarom op twee punten te worden aangepast.

Definitie aanmerkelijke marktmacht

Allereerst zou de definitie van aanmerkelijke marktmacht zodanig moeten worden vormgegeven dat de zorgautoriteit straks daadwerkelijk in staat is om effectief tegen machtsposities op te treden. Meersma en VerLoren van Themaat (2005) stellen voor om, analoog aan de oorspronkelijke Telecommunicatiewet, zowel een marktaandeeldrempel als een precieze marktafbakening in de wettekst zelf op te nemen. Hoewel dit voorstel de charme van de eenvoud heeft, lijkt het voor een heterogeen

'product' als gezondheidszorg niet realistisch. Er zou dan namelijk op korte termijn een groot aantal verschillende relevante product- en geografische markten afgebakend moeten worden, terwijl dit nu juist problematisch is.⁴ Mede doordat betrouwbare marktafbakeningsmethoden voor de zorgsector (vooralsnog) ontbreken, zou het beter zijn om marktaandelen een veel minder vooraanstaande rol te laten spelen bij de bepaling van aanmerkelijke marktmacht. Hierbij zou aangesloten kunnen worden bij het uitgangspunt dat de Europese toezichthouders in de telecomsector hanteren. Zij stellen dat een machtspositie *altijd* moet worden afgeleid uit een combinatie van verschillende factoren, omdat marktaandelen – net als elk ander criterium – op zichzelf niet doorslaggevend zijn (ERG, 2005). Voorbeelden van relevante factoren zijn toetredingsdrempels, overstapkosten, mate van verticale integratie, bevoorrechte toegang tot financiële middelen en bundeling van producten.

Verbreding reikwijdte

Daarnaast verdient het aanbeveling om de NZa in staat te stellen om, indien nodig, verzekeraars met aanmerkelijke marktmacht ook op de zorgverzekeringsmarkt aan aanvullende verplichtingen te onderwerpen. Het functioneren van deze markt bepaalt immers in belangrijke mate het succes van de ingezette stelselherziening. Verder is het wenselijk dat preventief ingrijpen mogelijk wordt gemaakt op deelmarkten waar de tarieven (nog) niet geheel zijn vrijgegeven, maar wel sprake is van contracteervrijheid voor verzekeraars. Ook op deze deelmarkten bestaat immers ruimte voor concurrentie die door dominante marktpartijen teniet kan worden gedaan. ■

Erik Schut en Marco Varkevisser

Literatuur

- Capps, C.S., Dranove, D., Greenstein, S. & M. Satterthwaite (2002) Antitrust policy and hospital mergers: recommendations for a new approach. *Antitrust Bulletin*, 47(4), 677-714.
- ERG (2005) *Revised ERG Working Paper on the SMP concept for the new regulatory framework*. European Regulators Group, ERG(03)09rev3.
- FTC & DOJ (2004) *Improving health care: a dose of competition*. Federal Trade Commission and US Department of Justice, www.ftc.gov/reports/healthcare/040723healthcarerept.pdf.
- Meersma, K.D. & J.W. VerLoren van Themaat (2005) Het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg. *Nederlands Juristenblad*, 40, 2084-2087.
- NMa (2005a) *Besluit in zaak 3897/Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord*.
- NMa (2005b) *Monitor Financiële Sector 2005*.
- NMa (2005c) *Besluit in zaak 5052/CZ-OZ*.
- NMa (2005d) *NMa trekt voorschriften bij overname OZ door CZ in*. Persbericht d.d. 30 december.
- Schut, F.T. (2001) Prijsconcurrentie ziekenfondsen nog niet effectief. *ESB*, 23 februari, 172-175.
- Tweede Kamer (2005a) *Wet marktordening gezondheidszorg*. Voorstel van wet, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr. 2.
- Tweede Kamer (2005b) *Wet marktordening gezondheidszorg*. Memorie van toelichting, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr. 3.
- Tweede Kamer (2005c) *Wet marktordening gezondheidszorg*. Nota naar aanleiding van verslag, vergaderjaar 2005-2006, 30 186, nr. 8.

⁴ In de herziene Telecommunicatiewet worden relevante product- en geografische markten overigens niet langer vooraf in de wet vastgelegd, maar telkens per specifieke casus afgebakend conform de principes van het algemene (Europese) mededingingsrecht.