

# Artikel

## Markttoezicht in de gezondheidszorg na wijziging Wmg

Overheveling van een AMM-instrument van de NZa naar ACM en verruimde toepassing daarvan

Sjaak van der Heul en Frank Cornelissen\*

Momenteel worden de zorgspecifieke aspecten van een voorgenomen concentratie in de zorgsector – na een melding van de betrokken partijen – getoetst door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).<sup>1</sup> Ook is de NZa op grond van artikel 48 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) sinds 1 oktober 2006 bevoegd om verplichtingen op te leggen aan zorgaanbieders en -verzekeraars die beschikken over aanmerkelijke marktmacht (AMM). Als het aan minister Schippers van VWS ligt, gaat daarin per 1 januari 2017 verandering komen. Zij stelt voor deze taken door een wetwijziging van de Wmg over te hevelen naar de Autoriteit Consument en Markt (ACM).<sup>2</sup> Die beoogde overheveling gaat gepaard met enkele materiële wijzigingen in het zorgspecifieke mededingingstoezicht. In dit artikel analyseren wij het wetsvoorstel ten aanzien van de overheveling van het toezicht op artikel 48 Wmg en voorzien wij dat deel van het wetsvoorstel van commentaar.

\* Mr. S. van der Heul is advocaat bij Dirkwager advocaten & notarissen N.V. Mr. drs. F.J.J. Cornelissen is advocaat bij Dirkwager advocaten & notarissen N.V.

1. Art. 49a Wet marktordening gezondheidszorg.
2. Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 2 (hierna: het 'wetsvoorstel').

### De staat van het zorglandschap

Het AMM-instrument is niet uniek voor de zorgsector. De toezichthouder in de post- en telecomsectoren (thans ACM) kan op basis van hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (Tw) en artikel 13a Postwet 1990 (Pw 1990) al langer AMM-verplichtingen opleggen aan marktdeelnemers in die sectoren.<sup>3</sup> Ondanks de in de post- en telecomsector opgedane ervaringen heeft toepassing van het AMM-instrument door de NZa sinds zijn conceptie geen grote vlucht genomen. De NZa heeft op haar website besluiten in dertien casus gepubliceerd<sup>4</sup> voor een periode van tien jaar sinds inwerkingtreding van de Wmg.<sup>5</sup> Slechts in twee gevallen legde zij

3. De Telecommunicatiewet is, op dit punt, een implementatie van Richtlijn 2002/21/EG, *PbEU* 2002, L 108/33.
4. Besluit zonder datum (publicatiedatum 15 maart 2015, De Zorgmaker Farmacie/VGZ), besluit van 31 juli 2014 (Pro Juventus/Achmea), besluit van 11 juli 2013 (Thuisapotheek/Huisartsenpraktijk Prinsenbeek), besluit van 31 juli 2012 (DCW/Menzis), besluit van 29 april 2011 (Leemhuis en Van der Maarel/UVIT; zie ook de uitspraak in beroep: CBB 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180), besluit van 5 april 2011 (Synergos en Verloskundige groepspraktijk Helmond/Elkerliek Ziekenhuis), besluit van 22 februari 2011 (en eerder besluit van 17 mei 2010; Menzis/Apotheek Van Dalen); zie ook de uitspraak in beroep tegen beide besluiten: CBB 7 juni 2012, *GJ* 2012/136 m.nt. N. van den Burg, besluit van 7 december 2009 (Apotheek Het Kompas/Multizorg), besluit van 23 november 2009 (RAZorg/CZ en Achmea), besluit van 8 september 2008 (Stichting Carinova/Agis), besluit van 7 mei 2008 (Zorgkracht/Zorg & Zekerheid), besluit van 18 juni 2007 (SAN, Synergos en SHO/VieCurie), besluit van 25 juli 2007 (Actiz/Achmea).
5. De Wmg trad in werking op 1 oktober 2006.

gedragsverplichtingen op.<sup>6</sup> Niet alle werkzaamheden van de NZa op het gebied van AMM blijken uit gepubliceerde besluiten. De praktijk leert dat een verzoeker om toepassing van het AMM-instrument zijn aanvraag kan intrekken na een sombere eerste (telefonische) prognose door de NZa dan wel dat een zorgaanbieder zijn gedrag aanpast naar aanleiding van een informeel duwtje van de NZa.<sup>7</sup>

Op het terughoudend gebruik van het AMM-instrument wordt kritiek geuit.<sup>8</sup> Die kritiek hoeft niet terecht te zijn. Een door het ministerie van VWS besteld rapport, dat de toepassing van de Wmg evalueert, vond voor die spaarzame inzet geen eenduidige aanleiding. De terughoudendheid kan immers duiden op goed functionerende markten maar ook op (te) weinig toezicht. In het kader van die laatste verklaring suggereert het rapport dat het AMM-instrumentarium onvoldoende toepasbaar is, bijvoorbeeld omdat de bewijslast voor marktmacht bij marktaandelen onder de 55 procent te strikt zou zijn.<sup>9</sup> De toenemende mate van concentratie op zorgmarkten maakt de verklaring dat de NZa onvoldoende (kan) optreden, een relatief aannemelijker verklaring. Uit recente publicaties blijkt bovendien dat toenemende concentratie plaats heeft op de drie (typen) zorgmarkten. Die concentratie doet zich voor op de vraag- en aanbodzijde van de zorginkoopmarkt, de aanbodzijde van de zorgverleningsmarkt en de aanbodzijde van de zorgverzekeringsmarkt. Met andere woorden, zorgaanbieders en zorgverzekeraars concentreren.<sup>10</sup>

### Zorgaanbieders

Er is na de liberalisering van de zorgmarkten sprake geweest van een fusiegolf onder zorgaanbieders die tot weerstand heeft geleid bij belangenorganisaties en (dus) de politiek. Zo heeft minister Schippers zich in een brief aan de Tweede Kamer uitdrukkelijk uitgesproken tegen concentraties in de zorg.<sup>11</sup> Op het gebied van eerstelijnszorg betichten zorgaanbieders en zorgverzekeraars elkaar ervan over AMM te beschikken;<sup>12</sup> zorgverzekeraars en ziekenhuizen spreken hun zorgen uit over elkaars marktmacht.<sup>13</sup>

Tot nog toe is ACM slechts beperkt aan dat sentiment tegemoetgekomen.<sup>14</sup> Er is echter – ook in het beleid van ACM – een kentering zichtbaar. Op 15 juli 2015 heeft ACM voor het eerst een fusie tussen ziekenhuizen verboden omdat deze tot een (te) grote machtspositie van de ziekenhuizen zou leiden.<sup>15</sup> Daarbij heeft ACM onder meer gesignaleerd een ontwikkeling naar een steeds breder afnemend optimisme bij zorgverzekeraars over hun onderhandelingsmogelijkheden richting ziekenhuizen, vooral in de situaties dat er voor hen voldoende reële alternatieven ontbreken. De toenemende concentratie op de zorgverleningsmarkt was voor ACM recent ook aanleiding om een uitgebreid onderzoek naar de (kwaliteits)effecten van ziekenhuisfusies te laten verrichten.<sup>16</sup> Overigens waren de resultaten van dat onderzoek zeer neutraal. Voor zover machtsposities van zorgaanbieders zouden zijn ontstaan, hebben zij niet tot aantoonbare kwaliteitsvermindering of -verbetering geleid.

### Zorgverzekeraars

Zorgverzekeraars hebben in het verleden een minstens zo grote fusiedrift als zorgaanbieders getoond. Achmea, VGZ, CZ en Menzis hebben tezamen een marktaandeel van 88,8 procent op de landelijke zorgverzekeringsmarkt.<sup>17</sup> Zorgverzekeraars zijn echter van oudsher geworteld in thuisregio's. De individuele marktaandelen in de betreffende regio's kunnen aldus erg groot zijn, hetgeen zich met name uit in hoge marktaandelen op de zorginkoopmarkt (waarover hierna meer).<sup>18</sup>

Uit marktonderzoek van ACM lijkt te volgen dat deze hoge concentratiegraad al leidt tot concurrentiebelemmering. In haar onlangs verschenen (tussen)rapportage *Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen* stelde ACM vast dat zorgverzekeraars onderling maar weinig concurreren om klanten. Hoewel nader onderzoek noodzakelijk zal zijn, kan die beperkte concurrentie een aanwijzing van AMM kan zijn. Oorzaken daarvan zijn onder meer dat zorgverzekeraars de beschikbare ruimte tot concurrentie niet benutten (een impliciet gevolg van oligopolistische markten) en dat de markt hoge toetredingsbarrières kent.<sup>19</sup> ACM heeft geconcludeerd dat er een duidelijke tendens is naar een landelijke markt voor

6. Besluit van 11 juli 2013 (Thuisapotheek/Huisartsenpraktijk Prinsenbeek), besluit van 22 februari 2011 (en eerder besluit van 17 mei 2010; Menzis/Apotheek Van Dalen).

7. Tussen 2009 en 2014 ontving de NZa naar schatting ongeveer 800 signalen, adviezen of aanvragen betreffende AMM. Zie *Ordering en toezicht in de zorg*, rapport AEF, p. 75; aangeboden bij *Kamerstukken II 2003/04*, 25268, 87.

8. *Het rapport van de Onderzoekscommissie intern functioneren NZa*, rapport Commissie-Borstlap, p. 261; *Ordering en toezicht in de zorg*, rapport AEF, p. 17-18; aangeboden bij *Kamerstukken II 2003/04*, 25268, 87.

9. *Ordering en toezicht in de zorg. Evaluatie van de Wet Marktordering Gezondheidszorg (WVG) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)*, rapport AEF, p. 78; aangeboden bij *Kamerstukken II 2013/14*, 25268, 87.

10. *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 17-18 (MvT). Zie voor een schematisch overzicht: NZa, *Toelichting op de beleidsregel AMM in de Zorg*, p. 8.

11. *Kamerstukken II 2014/15*, 31765, 116.

12. *Uitgangspunten toezicht ACM in de eerste lijn*, monitor ACM van 27 juni 2016, <www.acm.nl>.

13. *Ziekenhuizen sturen brandbrief over zorginkoop*, <www.zorgvisie.nl>; *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 37, 38, 39.

14. Zie bijvoorbeeld: *Position paper ACM. Rondetafelgesprek fusietoets zorginstellingen* van 29 juni 2015, <www.tweedekamer.nl> en <www.acm.nl>.

15. Besluit ACM van 15 juli 2015 in zaak 14.0982.24 (Stichting Albert Schweitzer Ziekenhuis/Stichting Rivas Zorggroep). Beroep tegen dat besluit door de ziekenhuizen is door de rechter onlangs ongegrond verklaard: Rb. Rotterdam 29 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7373.

16. *Ziekenhuisfusies en kwaliteit van zorg. Onderzoek naar de effecten van ziekenhuisfusies op de kwaliteit van zorg*, rapport Significant, <www.acm.nl>.

17. NZa, *Marktscan van de zorgverzekeringsmarkt 2015*, p. 2. De Nederlandse zorgverzekeringsmarkt heeft in 2015 een Herfindahl-Hirschman Index (HHI) van 2,224 (meer dan 2,000 betekent een geconcentreerde markt). Overigens toont de marktscan een lichte daling van concentratie ten opzichte van de twee voorgaande jaren.

18. De meest geconcentreerde provinciale zorgverzekeringsmarkt is Friesland, met een HHI van 5,873.

19. ACM, *Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen. Tussenrapportage* (februari 2016), p. 25. Het rapport gaat overigens niet zo ver dat het de toetredingsbarrières als 'onnodig' kwalificeert.

zorgverzekeringen.<sup>20</sup> In die omstandigheid zal van AMM op de zorgverzekeringsmarkt niet snel sprake zijn vanwege het feit dat er diverse landelijke aanbieders actief zijn.

Zorgverzekeraars zijn echter niet alleen actief op de markt voor verkoop van zorgverzekeringen (aan bijvoorbeeld consumenten) maar tevens op de daarvan te onderscheiden markt voor inkoop van zorg (van zorgaanbieders). Concentratie van zorgverzekeraars leidt ook tot (in ieder geval aan de zijde van zorgaanbieders gepercipieerde) marktmacht aan de vraagzijde van zorginkoopmarkten. De geografische zorginkoopmarkten zijn in de regel namelijk (veel) kleiner dan de landelijke zorgverzekeringsmarkten, zodat een regionaal gewortelde zorgverzekeraar met (dus) veel verzekerden in een bepaalde regio, daar zijn eventuele marktmacht kan gebruiken ten opzichte van zorgaanbieders. Die (gepercipieerde) inkoopmacht heeft de verschillende zorgaanbieders ertoe bewogen op te roepen tot optreden tegen die inkoopmacht van verzekeraars.<sup>21</sup> De NZa hanteert als uitgangspunt dat inkoopmacht niet onwenselijk is, ervan uitgaande dat deze uiteindelijk de verzekerde ten goede komt.<sup>22</sup> ACM en de NZa hebben zorgverzekeraars er echter diverse malen op gewezen dat gezamenlijke inkoopafspraken (en dus gebruik van gezamenlijke AMM) kunnen leiden tot onwenselijke gevolgen voor de kwaliteit en bereikbaarheid van de zorg, zoals verschralling van het zorgaanbod.<sup>23</sup> In dat licht verbaast het ons dat de NZa ondanks de door haar bestuurder uitgesproken zorgen over de marktmacht van zorgverzekeraars nog geen duidelijke richting aan haar beleid heeft gegeven door middel van een AMM-besluit:

‘Concreet hebben we zorgen over de machtsconcentratie bij zorgverzekeraars. Dat betekent dat we bijvoorbeeld de concurrentie tussen verzekeraars onder de loep willen nemen. (...). De toegenomen macht van zorgverzekeraars leidt ook tot de vraag of deze macht op de inkoopmarkt richting de zorgaanbieders niet ten koste gaat van de publieke belangen.’<sup>24</sup>

Kortom, uit de zorgsector (zorgaanbieders en -verzekeraars) klinkt een steeds luidere roep om nader onderzoek naar AMM, zowel op de zorginkoopmarkt (AMM van zorgverzekeraars en van zorgaanbieders) als de zorgverleningsmarkt (AMM van zorgaanbieders). Publicaties over het functioneren van de verschillende zorgmarkten

20. Besluit ACM van 1 juni 2011 in zaak 7051 (Eureko/De Friesland)

21. *Ziekenhuizen sturen brandbrief over zorginkoop*, <www.zorgvisie.nl>; *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 37, 38, 39*. Ook dit door de minister bestelde rapport concludeert dat structureel weinig aandacht wordt besteed aan inkoopmacht van zorgverzekeraars ten opzichte van met name kleine aanbieders: *Ordering en toezicht in de zorg*, rapport AEF, p. 18, aangeboden bij *Kamerstukken II 2003/04, 25268, 87*.

22. NZa, *Toelichting beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de Zorg* (september 2010), p. 23.

23. Zie bijvoorbeeld informele zienswijze ACM van 3 maart 2015 in zaak ACM/DM/2015/201065, <www.acm.nl>; en NZa, *Toelichting beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de Zorg* (september 2010), p. 23-24.

24. Speech Maarten Ruys bij bijeenkomst ‘In gesprek met de NZa’ van 25 november 2014, <www.nza.nl>.

(ook van de bevoegde toezichthouders) lijken die roep te bevestigen. De daadwerkelijke inzet door de NZa van het AMM-instrument sluit daarop niet, althans onvoldoende, aan.

## Overheveling toezicht artikel 48 Wmg

Door de invoering van het wetsvoorstel zal het AMM-instrument worden overgeheveld van de NZa naar ACM. In artikel 48 Wmg wordt telkens ‘zorgautoriteit’ vervangen door ‘Autoriteit Consument en Markt’ zodat het AMM-toezicht na wetswijziging bij die laatste is ondergebracht.<sup>25</sup>

De ACM houdt toezicht op het algemene verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie (EMP) uit artikel 24 Mw. De materiële beoordelingen ter zake van enerzijds het misbruikverbod (door ACM) en anderzijds het AMM-instrument (door NZa) vertonen grote gelijkenis. Reeds ten tijde van de invoering van de Wmg en de oprichting van de NZa speelde de vraag of het markttoezicht in de zorgsector niet thuishoorde bij de functionele mededingingstoezichthouder NMa (nu: ACM) in plaats van bij de NZa.<sup>26</sup> De Raad van State was in zijn advies over de Wmg al kritisch en merkte op dat het eerder voor de hand lag om (preventief) toezicht op mededingingsrechtelijke aspecten aan ACM te laten.<sup>27</sup>

Bij de behandeling van het wetsvoorstel Wmg stelde de huidige minister van VWS, Schippers, als toenmalig Tweede Kamerlid met zorgportefeuille: ‘De VVD-fractie kan zich goed voorstellen dat de NZa uiteindelijk zal opgaan in een zorgkamer bij de NMa, maar zover zijn wij nog lang niet.’<sup>28</sup>

Bij de instelling van ACM in 2012 heeft de minister nog uitdrukkelijk de optie gewogen om het AMM-instrument over te hevelen naar ACM. Hij zag toen nog van overheveling af: ‘De relatief beperkte efficiency-voordelen die het overhevelen van het AMM-instrumentarium zouden opleveren, wegen niet op tegen de verwachte nadelen zolang belangrijke delen van de zorgsector zich in transitiefase bevinden.’<sup>29</sup>

### Concentratie van toezicht op zorgmarkten bij ACM

Inmiddels is het dus toch zover en wordt met de invoering van het wetsvoorstel het AMM-instrument alsnog naar ACM overgeheveld. Het feit dat het AMM-instrument ook na de invoering van het wetsvoorstel wordt

25. *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 2, p. 8 (VvW)*. ‘Zorgautoriteit’ betekent, op grond van artikel 1 Wmg, de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).

26. Destijds en tot 1 april 2013: Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). In dit artikel verwijzen wij ook naar de NMa met ‘ACM’.

27. *Kamerstukken II 2004/05, 30186, 4, p. 3*.

28. *Handelingen II 2005/06, 53, p. 3464*. Zie ook *Het rapport van de Onderzoekscommissie intern functioneren NZa*, aangeboden bij *Kamerstukken II 2003/04, 25268, 87*.

29. *Kamerstukken II 2011/12, 33186, 3, p. 5 (MvT)*.

gehandhaafd, betekent dat de zorgsector zich naar het oordeel van de minister nog in transitie bevindt. Kennelijk wegen de (volgens de minister beperkte) efficiencyvoordelen van overheveling – anders dan ten tijde van de invoering van de Wmg – nu wél op tegen de verwachte nadelen. Door de toegenomen concentratie moet het markttoezicht worden versterkt en de NZa is daartoe onvoldoende geëquipeerd, vindt de minister. Opmerkelijk is dat de minister geen gehoor geeft aan een recent door haar ministerie besteld onderzoek waarin werd geconcludeerd dat het sectorspecifieke toezicht in handen van de NZa moet blijven.<sup>30</sup>

Dat de overgang van het AMM-instrument naar ACM zou leiden tot een versterkt markttoezicht, is kennelijk gebaseerd op de veronderstelling dat ACM minder terughoudend zal zijn dan de NZa in de toepassing ervan. Naar ons oordeel wordt die veronderstelling niet gesteund door een voldoende motivering in de memorie van toelichting.

ACM heeft zich al kritisch uitgelaten over de voorgenomen overheveling in rondetafelgesprekken met de Tweede Kamer ter voorbereiding op het wetsvoorstel. Bestuurder Henk Don van ACM vreest bijvoorbeeld dat zonder materiële wijziging van bevoegdheden ook ACM over onvoldoende handvatten zal beschikken om het AMM-instrument effectief in te zetten:

‘Wanneer in de toekomst te hanteren normen blijven aansluiten bij mededingingsregels, is er een gereede kans dat, bij ongewijzigde marktomstandigheden, de invulling en uitkomsten van het toezicht niet zullen voldoen aan de verwachtingen die de politiek of de samenleving hierbij heeft.’<sup>31</sup>

Deze afweging lijkt mede te zijn ingegeven door de handhavingspraktijk van ACM. Zoals de NZa er niet in slaagt om werk te maken van het AMM-instrument, lukt vaststelling van een economische machtspositie (laat staan misbruik ervan) ACM nauwelijks. ACM geeft meer prioriteit aan onderzoeken naar overtredingen van het kartelverbod. ACM is daarmee een buitenbeentje in het European Competition Network waarin Europese toezichthouders zich hebben verenigd.<sup>32</sup> Vooral de Europese Commissie is zeer actief in het handhaven van het misbruikverbod. Recente geruchtmakende zaken tegen Google en bierbrouwerij InBev springen in het oog.<sup>33</sup>

30. *Ordering en toezicht in de zorg. Evaluatie van de Wet Marktordering Gezondheidszorg (WMG) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)*, rapport AEF, p. 9; aangeboden bij *Kamerstukken II 2013/14*, 25268, 87.

31. Zie spreekpunten Henk Don bij rondetafelgesprek over de zorgsector, te raadplegen via <[www.acm.nl](http://www.acm.nl)>.

32. R. Wesseling en J. Truijdens Martinez, ‘Kroniek van het mededingingsrecht’, *NJB 2015/736*, p. 1014-1016. De kroniek concludeert: ‘Ook in de kroniekperiode heeft de Nederlandse mededingingsautoriteit geen misbruik van een economische machtspositie vastgesteld. De situatie wordt voor de ACM enigszins ongemakkelijk.’

33. Zie Persbericht van de Europese Commissie van 20 april 2016, te raadplegen via <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1492\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_en.htm)> en Persbericht van de Europese Commissie van 30 juni 2016, te raadplegen via: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2361\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2361_en.htm)>.

Toch is juist de bevoegdheid van ACM om misbruik van EMP vast te stellen reden geweest voor de minister om ook het AMM-instrument bij ACM onder te (willen) brengen. Het AMM-instrument ligt immers ‘qua inzet, doelen en benodigde kennis’ in het verlengde van het verbod op misbruik van een EMP.<sup>34</sup> Door beide instrumenten in één hand te brengen zou toepassing vereenvoudigd worden omdat dan geen afstemming tussen ACM en de NZa meer nodig is in gevallen waarin zowel handhaving van het misbruikverbod uit artikel 24 Mw als het AMM-instrument kan worden toegepast.

De effectiviteit van het toezicht zou volgens de minister gediend zijn met het afschaffen van een regeling voor gevallen van overlappende bevoegdheden van ACM en NZa. Op grond van artikel 18 Wmg en artikel 18 van het samenwerkingsprotocol (2015)<sup>35</sup> tussen ACM en de NZa bestaat thans nog een rangorde die bepaalt dat het AMM-instrument voorrang heeft op de handhaving van het verbod op EMP, tenzij ACM en NZa samen besluiten daarvan af te wijken. Na de invoering van de wetswijziging zal afstemming tussen NZa en ACM over samenloop van bevoegdheden niet meer nodig zijn en staan beide instrumenten aan ACM ter beschikking. Het wetsvoorstel beoogt de rangordebepaling te laten vallen. ACM zal per geval beslissen welk instrument haar het meest geraden voorkomt.

Het feit dat ACM ruime ervaring heeft op het gebied van de afbakening van zorgmarkten (in het kader van concentratietoezicht) had naar ons oordeel wel efficiëntievoordelen kunnen opleveren. Dat is echter uitdrukkelijk geen overweging geweest van de minister voor de met het wetsvoorstel beoogde overheveling. Indien het wetsvoorstel wordt aangenomen, is het afbakenen van de relevante markten niet langer nodig om AMM op een zorgmarkt vast te stellen. Wij staan bij deze materiële wijziging van het AMM-instrument hierna uitgebreid(er) stil.

Tot slot. Zoals wij hiervoor hebben aangestipt is de zorgmarkt niet de enige markt in transitie waar de bevoegde toezichthouder een AMM-instrument heeft gekregen. Hoewel de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dit niet als reden voor overheveling van het AMM-instrument noemt, kan de ervaring van ACM in deze sectoren, de effectiviteit van het toezicht op de zorgsector vergroten.

#### Capaciteit ACM voor AMM-toezicht

Het is ons vooralsnog overigens niet duidelijk in hoeverre ACM de ervaring met AMM in andere sectoren ook beoogt aan te spreken ten behoeve van de inzet van het AMM-instrument in de zorg. ACM lijkt ervoor te kiezen om een specialistisch zorgteam in te zetten dat zich (onder meer) zal bezighouden met het AMM-instrument in de zorgsector. In het najaar van 2015 heeft ACM een tijdelijke Taskforce Zorg opgericht waarin de huidige taken van ACM en de voorbereidingen op de

34. *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 18 (MvT). Daarnaast beoogt de minister in algemene zin een ‘bundeling van instrumenten en kennis’ bij één toezichthouder.

35. Zie <[www.nza.nl](http://www.nza.nl)>.

overheveling zijn samengebracht.<sup>36</sup> ACM zal volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel door de overheveling bovendien worden uitgebreid met 20 fte.<sup>37</sup> Niet duidelijk is echter of daarmee daadwerkelijk de toezichthoudende capaciteit toeneemt of dat de 20 fte bestaat uit medewerkers die thans al namens de NZa bevoegdheden handhaven die het wetsvoorstel naar ACM beoogt over te hevelen. Het feit dat ook de zorgspecifieke concentratietoets op grond van het wetsvoorstel zal worden overgeheveld naar de Taskforce Zorg van ACM vergroot de zorg dat het AMM-toezicht bij ACM niet beter uit de verf zal komen. Die zorgspecifieke concentratietoets legt bovendien een beslag op de capaciteit van de (Taskforce Zorg van de) ACM. Daarbij is de toets niet mededingingsrechtelijk en derhalve wezensvreemd voor ACM. Het blijft dus de vraag of ACM de beschikking krijgt over voldoende capaciteit om het AMM-instrument effectiever in te zetten dan de NZa.

## Wijzigingen van het AMM-instrument

Wij hebben het hiervoor al kort aangestipt: door de invoering van het wetsvoorstel (1) vervalt de verplichting om de vaststelling van AMM te baseren op marktafbakening en (2) wordt de Wmg uitgebreid met enkele nieuwe verplichtingen die de toezichthouder in geval van AMM kan opleggen.

### Ad (1): geen marktafbakening meer verplicht

In artikel 48 lid 1 Wmg, komt op grond van het wetsvoorstel de volgende zinsnede te vervallen: 'op een door de zorgautoriteit volgens de beginselen van algemeen mededingingsrecht afgebakende markt'.<sup>38</sup> Daarmee krijgt ACM de mogelijkheid om ook op andere wijzen dan door vaststelling van marktaandelen AMM vast te stellen. Als voorbeeld noemt de minister twee economische methoden: de *Logit Competition Index* (LOCI) en *Willingness to Pay* (WTP). Het doel is een eenvoudiger toepassing van het AMM-instrument. Marktafbakening en het vaststellen van marktaandelen is immers complex en legt op dit moment een groot beslag op de capaciteit van de NZa.<sup>39</sup> Na wetswijziging kan ACM per zaak de geschiktste (en snelste) methode toepassen.

Met het schrappen uit artikel 48 Wmg van de plicht om relevante marktaandelen te betrekken bij de vaststelling van AMM, beoogt de voorgestelde wetswijziging uitdrukkelijk om toepassing van andere methoden te faciliteren. Wij zullen ons hier niet uitlaten over de (econo-

mische) deugdelijkheid van die methoden.<sup>40</sup> Wij plaatsen vier juridische kanttekeningen bij de wetswijziging op dit punt:

1. zij kan de rechtszekerheid aantasten;
2. ACM krijgt mogelijk ruimte tot onzorgvuldig of willekeurig handhaven;
3. zij leidt tot (verdere) discrepantie ten opzichte van vaststelling van een EMP in de zin van artikel 24 Mededingingswet en van AMM in de zin van artikel 6a.1 van de Tw en artikel 13a van de Pw 2009;
4. andere methoden voor het vaststellen van AMM dan marktafbakening vergen in het algemeen meer onderzoek dan marktafbakening.

Wij vinden het opmerkelijk dat de Raad van State in zijn advies geen van deze punten noemt.<sup>41</sup>

Ten eerste tast de wetswijziging de rechtszekerheid van zorgaanbieders en -verzekeraars aan. Op dit moment zijn hun immers zowel de methode van AMM-bepaling als de relevante grenswaarden voor AMM bekend. De memorie van toelichting op de huidige Wmg zet de volgende categorieën van marktaandelen uiteen:<sup>42</sup>

- 55 procent of meer: door de onderneming te bewijzen uitzonderingen daargelaten is sprake van AMM;
- 40 procent tot 55 procent: AMM is aannemelijk maar behoeft bevestiging door bijkomende factoren;
- 25 procent tot 40 procent: AMM is mogelijk indien sprake is van een combinatie van bijkomende factoren;
- minder dan 25 procent: AMM is onwaarschijnlijk.

Deze categorieën stellen partijen in staat om een inschatting te maken van de risico's van AMM die samenhangen met het eigen marktaandeel. Die analyse verliest na wetswijziging zeggingskracht omdat vooraf niet zeker meer is hoe ACM in individuele gevallen aanwezigheid van AMM onderzoekt. Een bestendige beslisingenpraktijk van de toezichthouder en jurisprudentie geven invulling aan wettelijke normen en vergroten daarmee eveneens de rechtszekerheid. Beschikkingen laten bijvoorbeeld zien hoe de toezichthouder bepaalde markten afbakt. Zoals hierboven gemeld is die beschikkingenpraktijk op het gebied van AMM in de zorgsector schaars; jurisprudentie is nagenoeg afwezig.<sup>43</sup> Door marktafbakening door ACM niet langer wettelijk voor te schrijven zal de toch al schaarse stroom aan beschikkingen en jurisprudentie zien op verschillende methoden en wordt aan de toepassing van de individuele methode minder invulling gegeven. Minder rechtszekerheid is het gevolg.

Ten tweede opent het schrappen van de verplichting tot marktafbakening de deur naar onzorgvuldig of zelfs willekeurig gebruik van onderzoeksbevoegdheden door de toezichthouder. Dat risico kan twee kanten op werken.

36. Zie Jaarverslag ACM 2015, <www.acm.nl>.

37. Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 18 (MvT).

38. Kamerstukken II 2015/16, 34445, 2, p. 8 (VvW).

39. Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 19 (MvT).

40. Zie voor een toelichting op het gebruik van de methodes in de zorgsector: Fusiesimulatiemodellen Toelichting bij de LOCI- en WTP-methoden van de NZa, te raadplegen via <www.nza.nl/1048076/1048181/13\_0512\_22\_Bijlage\_1\_Fusiesimulatiemodellen.pdf>.

41. Kamerstukken II 2015/16, 34445, 4.

42. Kamerstukken II 2004/05, 30186, 3, p. 19-20.

43. Zie voor een uitzondering: Cbb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731.

Aan de ene kant krijgt ACM de mogelijkheid om op basis van een door haar zelf gekozen methode een handhavingsverzoek weg te prioriteren.<sup>44</sup> Het (min of meer) spiegelbeeldige gevaar is eveneens denkbaar. Als ACM op zoek zou zijn naar AMM, kan zij per geval de methode uitzoeken waarmee in de concrete casus het gemakkelijkst tot vaststelling van AMM kan worden gekomen. Het risico van *confirmation bias* ten voordele of ten nadele van de onderzochte partij ligt op de loer. De memorie van toelichting meldt over de keuzevrijheid van de methode: ‘De toezichthouder beoordeelt per situatie welke methode het meest geschikt is om AMM vast te stellen.’<sup>45</sup>

In dit kader bestaat dus het gevaar dat ‘het meest geschikt (...) om AMM vast te stellen’ niet wordt geïnterpreteerd als ‘het meest geschikt om de aanwezigheid van AMM te onderzoeken’ maar als ‘met de grootste kans op de uitkomst dat AMM al dan niet aanwezig is’. Het waken voor een zuivere en zorgvuldige analyse door ACM is van des te meer belang nu de Europese en nationale rechters complexe economische beoordelingen beperkt plegen te toetsen.<sup>46</sup> In een vaste riedel oordeelt het CBB ter zake van complexe economische beoordelingen dat ‘ACM een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij haar waardering van economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mededingingswet’.<sup>47</sup>

Aan de bovengenoemde bezwaren van rechtszekerheid en onzorgvuldigheid kan deels worden tegemoetgekomen door uitvaardiging van beleidsregels (van de minister) of ACM-richtsnoeren aan de hand waarvan op vooraf vastgestelde objectieve gronden de keuze voor een methode wordt gemaakt. Wij raden dit aan. Hoewel zij niet de status hebben van richtsnoeren, heeft de Europese Commissie bijvoorbeeld Best Practices gepubliceerd waarin zij de eisen aan – en het gebruik van – economische modellen en bewijsmiddelen ten behoeve van mededingingszaken toelicht.<sup>48</sup>

Ten derde creëert het wetsvoorstel op het eerste gezicht een discrepantie tussen het begrip AMM uit de Wmg enerzijds en de begrippen EMP, AMM uit de Tw en AMM uit de Pw 2009 anderzijds. Dat vaststelling van EMP plaatsvindt na marktafbakening volgt (althans blijkt) onder meer uit staande Europese en nationale jurisprudentie<sup>49</sup> en uit de memorie van toelichting op de Mw die vermeldt: ‘[o]m te bepalen of sprake is van een economische machtspositie moet eerst de relevante

markt worden afgebakend’.<sup>50</sup> Artikel 13a van de Pw 2009 bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat AMM van een postvervoerbedrijf aanwezig is indien het – onder meer – beschikt over ‘een economische kracht op een in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht afgebakende markt voor postvervoerdiensten’. Die zinsnede komt overeen met woorden die nu juist uit artikel 48 Wmg zullen worden geschrapt.<sup>51</sup> Na de wetswijziging zal de ACM voor alle sectorspecifieke mededingingswetten (Wmg, Pw 2009 en Tw) de bevoegdheid tot vaststelling van AMM verkrijgen.<sup>52</sup> Het wringt naar ons oordeel dat AMM uit de Wmg niet en de EMP of de AMM uit de Tw en de Pw 2009 wél op grond van marktafbakening moeten worden vastgesteld.

De Tw kent een afwijkend voorgeschreven, getrapte procedure die eveneens marktafbakening vergt. ACM stelt eerst van door de Europese Commissie voorgeschreven marktcategoryen de relevante (trans)nationale markten vast en bepaalt vervolgens of er sprake is van daadwerkelijke mededinging dan wel van één of meer AMM-gevallen.<sup>53</sup> Vervolgens bepaalt ACM welke specifieke ondernemingen over AMM op de relevante markt beschikken.<sup>54</sup> Het AMM-instrument uit de Tw is een implementatie van een Europese richtlijn,<sup>55</sup> zodat een wijziging van de Tw om die (opnieuw) in lijn te brengen met het wetsvoorstel niet aan de orde is. Een (verdere) discrepantie tussen de AMM-instrumenten uit hoofde van de Tw en de Wmg wordt daardoor verankerd.

De gecreëerde ongelijkheid tussen de (toekomstige) ACM-instrumenten is opmerkelijk omdat juist de ervaring van ACM bij de toepassing van artikel 24 Mw door de minister als reden wordt gegeven voor overheveling van het AMM-instrument naar de mededingingsautoriteit.<sup>56</sup> Die ervaring en kennis heeft juist met name betrekking op afbakening van relevante markten maar niet op econometrische methoden voor het vaststellen van AMM zoals *LOCI* en *WTP* waarin het wetsvoorstel voorziet. Sterker nog, ACM heeft zich in concentratiebesluiten over ziekenhuisfusies kritisch uitgelaten over de toepasselijkheid van de *LOCI*-methode in de zorgsector:

‘De gebruikte modellen zijn uiteraard een stilering van de werkelijkheid en de uitkomsten moeten bezien

44. Op grond van het prioriteringsbeleid van ACM van 18 maart 2016, ACM/DJZ/2016/200888, *Stcrt.* 2016, 14564.

45. *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 3, p. 19.

46. A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, hoofdstuk 2.

47. Zie bijvoorbeeld CbB 27 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8688 en CbB 6 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:313.

48. DG competition Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases, te raadplegen via <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best\\_practices\\_submission\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf)>.

49. Zie o.a. HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Akzo Chemie/Commissie*, ECLI:EU:C:1991:286, en recentelijk: Gerechtshof Den Haag 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2312, r.o. 12.

50. *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, p. 25.

51. Een opmerkelijk verschil is dat art. 13a Postwet 2009 niet uitdrukkelijk stelt dat ACM die relevante markten moet afbakenen. Toch moet de wetbepaling wel zo worden gelezen, zoals de minister van mening is gelet op art. 2 lid 1 van zijn concept van de Beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van de artikelen 13a tot en met 13k van de Postwet 2009, aangeboden bij *Kamerstukken II* 2015/16, 29502, 123.

52. Vóór de instelling van ACM wezen de Tw en de Pw 2009 de OPTA als toezichthouder aan.

53. Op grond van art. 6a.1 Tw jo. art. 15 lid 1 Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn) jo. Aanbeveling van de Commissie van 9 oktober 2014 (2014/710/EU).

54. Art. 6a.2 lid 1 Tw.

55. Richtlijn 2002/21/EG, *PbEU* 2002, L 108/33.

56. Zie hierboven, *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 3, p. 18 (MvT).

worden in samenhang met de andere analyses die de [ACM] in de praktijk gebruikt om voorgenomen concentraties te beoordelen. Voorts geldt dat het door een gebrek aan empirische studies in Nederland op dit moment niet goed mogelijk is om in te schatten in hoeverre de voorspelde prijsstijgingen zich daadwerkelijk voor zullen gaan doen.<sup>57</sup>

De kritiek van ACM brengt ons op een laatste punt. Wij vragen ons af of het voorstel van de minister om alternatieve methoden ter beschikking te stellen aan de doelstelling van het wetsvoorstel bijdraagt dat toepassing van het AMM-instrument wordt vereenvoudigd. In de economische literatuur wordt namelijk algemeen aangenomen dat afbakening van de relevante markt een relatief gemakkelijke methode is om marktmacht vast te stellen. Alternatieve modellen zijn weliswaar beschikbaar, maar vergen (veel) meer (markt)gegevens en/of feitelijke informatie en zijn econometrisch ingewikkelder dan marktafbakening.<sup>58</sup> Ten behoeve van vaststelling van AMM door middel van de LOCI-methode is bijvoorbeeld vereist dat de mate van concurrentie op diverse micromarktsegmenten door de toezichthouder in beeld wordt gebracht. Wij verwachten dat het gebruik van alternatieve methoden in de regel dus juist een groter beslag zal leggen op de capaciteit van een toezichthouder dan afbakening van de relevante markt. Het risico van een foute beoordeling ligt bovendien op de loer, bijvoorbeeld als conclusies worden verbonden aan onjuiste of onvolledige informatie.

#### Ad (2): uitbreiding gedragsverplichtingen

Als de NZa – na wetswijziging: ACM – AMM vaststelt, dan kan zij momenteel twaalf verschillende gedragsverplichtingen opleggen, binnen de grenzen van de proportionaliteit.<sup>59</sup> Aan deze lijst van gedragsverplichtingen zouden op grond van het wetsvoorstel toegevoegd worden twee verplichtingen die zich uitsluitend richten tot zorgaanbieders: de plicht tot levering van bepaalde zorg aan consumenten en de plicht om een consument gebruik te kunnen laten maken van een andere zorgaanbieder. Een derde, krachtige nieuwe gedragsverplichting zal daarnaast worden neergelegd in het nieuwe onderdeel j: ten aanzien van zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars kan ACM maximumprijzen, minimumprijzen of vaste prijzen voorschrijven.<sup>60</sup>

57. De NZa is bevoegd om een zienswijze uit te brengen over de vraag of een voorgenomen zorgconcentratie die bij ACM is gemeld, naar haar oordeel tot een significante belemmering van de concurrentie leidt. In die zienswijzen heeft de NZa zich veelvuldig gebaseerd op de LOCI-methode.

58. Zie bijvoorbeeld B. Dessens en V.C.H.M. Verouden, 'Nieuwe economische methoden bij concentratiecontrole: UPP, natuurlijke experimenten en analyse van biedgegevens', *MP* 2016(5-6), p. 217.

59. Uit art. 48 lid 1 onderdeel m (na wijziging conform VvW onderdeel o) volgt dat bij ministeriële regeling gedragsverplichtingen kunnen worden toegevoegd. Een dergelijke regeling bestaat nog niet. Het proportionaliteitsbeginsel is neergelegd in art. 48 lid 3 Wmg. Zie ook de MvT bij de Wmg: *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, 3. Art. 48 lid 5 Wmg regelt de temporele begrenzing van een opgelegde gedragsverplichting.

60. *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 2, p. 8-9 (VvW).

Artikel 48 Wmg wordt daarmee *de facto* met drie mogelijke verplichtingen uitgebreid.<sup>61</sup> Hoewel deze uitbreiding van de gereedschapskist van de toezichthouder het markttoezicht op papier kan versterken, betwijfelen wij de aanwezigheid van een effect op de praktijk. De spaarzaam toepassing van het AMM-instrument tot nu toe volgt onzes inziens immers niet uit een gebrek aan op te leggen gedragsverplichtingen. Uitbreiding van gedragsverplichtingen zal op zichzelf niet leiden tot meer inzet van dat AMM-instrument. Daar komt bij dat twee van de drie toegevoegde gedragsverplichtingen zijn gericht tegen zorgaanbieders, terwijl (juist) ook marktmacht van zorgverzekeraars op de inkoopmarkt zorgen baart.

## Conclusie

Het instrument van de aanmerkelijke marktmacht heeft tot doel de transitie markten in de zorg te maken tot markten waar daadwerkelijke concurrentie heerst. Het AMM-instrument is echter de afgelopen tien jaar maar zeer spaarzaam door de NZa ingezet, zeker gezien het feit dat zorgverzekeraars en -aanbieders onderling concurreren althans te weinig concurreren.

Het wetsvoorstel dat op dit moment bij de Tweede Kamer aanhangig is, zal de NZa het AMM-instrument ontnemen en dit toewijzen aan ACM. Het is echter maar zeer de vraag of ACM in staat zal zijn daadkrachtiger op te treden. De ervaring met optreden tegen misbruik van EMP wijst in tegenovergestelde richting. Daar komt bij dat de capaciteit van ACM weliswaar met 20 fte's wordt uitgebreid, maar dat zij met dezelfde wetswijziging ook wordt belast met uitvoering van de zorgspecifieke fusietoets.

Met de voorgenomen wetswijziging zal de plicht tot marktafbakening vervallen. Daaraan kleven belangrijke nadelen: rechtsonzekerheid, het risico op onzorgvuldigheid en willekeur, een ongewenst discrepantie met vaststelling van EMP of AMM uit de Tw of de Pw 1990 en de hoge complexiteit van de te gebruiken alternatieve methoden. Om tegemoet te komen aan de eerste twee bezwaren raden wij in ieder geval aan dat de keuze voor een methode om AMM vast te stellen op objectieve, in beleidsregels (of richtsnoeren) neer te leggen criteria moet geschieden.

Tot slot beoogt het wetsvoorstel het arsenaal aan op te leggen gedragsverplichtingen uit te breiden. Twee van de drie nieuwe verplichtingen richten zich echter uitsluitend tot zorgaanbieders, terwijl juist marktmacht van verzekeraars in toenemende mate als ongewenst wordt beschouwd.

61. Hoewel de memorie van toelichting toevoeging van twee verplichtingen noemt (zie *Kamerstukken II*, 2015/16, 34445, 3, p. 19), achten wij ook het rechtstreeks voorschrijven van prijzen een nieuwe verplichting, zie het nieuwe onderdeel j in *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 3, p. 8 (VvW).