Artikel

Een nieuwe mededingingsbevoegdheid voor de NZa?

Artikel 45 Wmg over ingrijpen in de voorwaarden en de wijze van tot stand komen van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven

Mr. drs. J. Bijkerk en prof. mr. W. Sauter*

In dit artikel signaleren en bespreken wij een nieuwe ontwikkeling in het sectorspecifieke mededingingstoezicht op de zorg. Artikel 45 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg)[1] geeft de in 2006 opgerichte Zorgautoriteit (NZa) de bevoegdheid tot ingrijpen in de wijze van tot stand komen van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en in de voorwaarden in die overeenkomsten met het oog op de inzichtelijkheid van zorgmarkten en/of de bevordering van de concurrentie. Tot voor kort heeft de NZa spaarzaam gebruikgemaakt van deze bevoegdheid. Onlangs heeft zij echter naast een uitgebreide toelichting op de mogelijkheden die dit instrument haar biedt een eveneens uitgebreid gemotiveerde nadere regel aangenomen die de toegang bevordert tot overeenkomsten betreffende elektronische netwerken met betrekking tot zorg.[2] Dit is de aanleiding voor de huidige bespreking waarin naast de reikwijdte van artikel 45 Wmg ook de samenloop met de bevoegdheden van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Europeesrechtelijke dimensie aan de orde zullen komen.

De NZa en haar bevoegdheden – algemeen

Deze bijdrage concentreert zich op de bevoegdheid van artikel 45 Wmg en beoogt dus niet om alle verschillende bevoegdheden van de NZa uitgebreid in hun onderlinge samenhang te bespreken. Toch zijn enkele inleidende opmerkingen nuttig als achtergrond. De NZa is een sectorspecifieke toezichthouder voor de zorg die naast het bewaken van markten, ook markten maakt door de ontwikkeling van marktwerking te stimuleren. De NZa wordt omdat zij toezicht houdt op aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg (zoals de OPTA dat doet voor de elektronische communicatie) ook wel als sectorspecifieke mededingingstoezichthouder gezien.[3] Wij zullen beargumenteren dat de artikel 45 Wmg-bevoegdheid – naast het marktordenende karakter – ook onder het sectorspecifieke mededingingstoezicht moet worden begrepen.

* Mr. drs. José Bijkerk is werkzaam bij de NZa. Prof. mr. Wolf Sauter is werkzaam bij de NZa en is tevens verbonden aan de Universiteit van Tilburg. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Wet van 7 juli 2006, *Stb*. 2006, 415, houdende regels inzake marktordening doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg, laatst gewijzigd op 26 juni 2009, *Stb*. 2009, 265.
2. Beide van 21 december 2009. Toelichting toepassing art. 45 Wmg (<http://www.nza.nl/binaries/7113/10118/84814/Rapport_Toepassing_artikel_45_Wmg.pdf>) Regeling CI/NR-100/099: Regeling voorwaarden overeenkomsten inzake elektronische netwerken met betrekking tot zorg. (<http://www.nza.nl/binaries/7113/12291/Regeling_elektronische_netwerken_m.b.t._zorg.pdf>) De eerdere Regeling CA/NR-100/078 Transparantie contracteerproces AWBZ dateert van 22 december 2007 (<http://www.nza.nl/binaries/7113/12291/100.078.pdf>)
3. De NZa is een Zelfstandig bestuursorgaan; de grondslag voor haar bevoegdheden is de eerdergenoemde Wmg.

Daarnaast volgt de NZa als marktmeester de marktontwikkelingen (monitoring) en adviseert zij de minister van Volkshuisvesting, Welzijn en Sport (VWS) over (de)regulering in de zorg, zoals recentelijk over de wenselijkheid van prestatiefinanciering in de ziekenhuissector.[4] De NZa is verantwoordelijk voor het vaststellen van tarieven en prestaties in de zorg. Daarnaast bewaakt de NZa de rechtmatige uitvoering van de Zorgverzekeringswet (Zvw), en de rechtmatigheid en doelmatigheid van de uitvoering van de AWBZ. Zij stelt krachtens artikel 3 vierde lid Wmg bij de uitvoering van al haar taken het algemene consumentenbelang voorop.[5]

De wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 45 Wmg

Hiermee komen we aan bij de achtergrond van artikel 45 Wmg. De tekst van dit artikel luidt als volgt:

> Artikel 45
> De zorgautoriteit kan, met het oog op de inzichtelijkheid van de zorgmarkten of de bevordering van de concurrentie, regels stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd een ruime werking van artikel 45 Wmg (destijds art. 39 Wmg) beoogd vanwege de toen voorziene beperkte toepasbaarheid van het AMM-instrument tot louter die zorginkoopmarkten waar vrije tarieven golden. Artikel 45 Wmg diende om de – aanzienlijke – lacune die door het AMM-instrument niet werd afgedekt op te vullen. Doordat de toepasbaarheid van het AMM-instrument in de uiteindelijke Wmg is uitgebreid tot alle typen zorgmarkten (dus niet alleen de zorginkoopmarkt), ongeacht of zij gereguleerde tarieven kennen of niet, is in bepaalde gevallen een doublure ontstaan tussen artikel 45 en artikel 48 Wmg. Dit met dien verstande dat de AMM-bepaling op individuele gevallen van toepassing is, en artikel 45 Wmg op gehele categorieën van overeenkomsten en daarmee van marktpartijen. Op de overige verschillen wordt in het onderstaande nog nader ingegaan.
De voorbeelden die de memorie van toelichting (MvT) geeft bij artikel 45 Wmg, hoewel niet limitatief van aard, zijn beperkt tot onredelijke contractuele voorwaarden: het tegengaan van onredelijke betalingscondities, onredelijk lange contracttermijnen, exclusieve levering of onredelijke voorwaarden bij het opzeggen van een contract. Dit terwijl ingrijpen in de wijze van tot stand komen van contracten, dat volgens de toelichting van de NZa logischerwijs ook de selectie van contractpartijen in een veiling of aanbesteding omvat, een vergaande bevoegdheid is waarvan een voorbeeld een welkome toelichting gevormd had.[6] Dit hiaat is een verdere reden om aan te nemen dat de wel genoemde voorbeelden aan de kant van de contractvoorwaarden inderdaad niet meer zijn dan dat: voorbeelden.[7] De bevoegdheden van de NZa op grond van artikel 45 Wmg zijn volgens de MvT weliswaar strikt gelimiteerd, maar dan alleen in die zin dat zij louter ter bevordering van de inzichtelijkheid van zorgmarkten of de concurrentie op die markten kunnen worden toegepast. Daarnaast moet het om problemen gaan die structureel van aard zijn.
De wet en wetsgeschiedenis blijken dus de ruimte te laten voor een ruime toepassing van artikel 45 Wmg. Dat is ook wat de NZa in haar toelichting en recente nadere regel voorstaat. De NZa is daarbij vanzelfsprekend wel gebonden aan alle wettelijke waarborgen voor partijen bij de toepassing van artikel 45 Wmg, waaronder die van de Algemene Wet Bestuursrecht. Het spreekt voorts welhaast voor zich dat iedere toepassing van artikel 45 Wmg in min of meerdere mate inbreuk maakt op de contractvrijheid. Het past niet in het raamwerk van dit artikel om bespiegelingen op te nemen over de eventuele kwalitatieve verschillen in de gradaties daarvan en wat de mogelijke grenzen hieraan zijn: duidelijk is dat hier de evenredigheid met betrekking tot het te dienen belang (en bijvoorbeeld de ernst van de betreffende mededingingsproblemen) leidend is.[8]
De uitleg van artikel 45 Wmg is belangrijk omdat dit een van de artikelen in de Wmg is waarin de NZa algemene marktordenende bevoegdheden krijgt toebedeeld[9] zonder dat hieraan strenge voorafgaande eisen ten aanzien van de bewijsvoering (waaronder een formele marktafbakening) worden gesteld zoals het geval is bij AMM.[10] Ook kan de NZa op basis van artikel 45 Wmg zelfstandig optreden door regels te stellen zonder voorafgaand een ministeriële aanwijzing te hebben ontvan-

4. Uitvoeringstoets van budget naar prestatie, prestatiebekostiging binnen de medisch specialistische zorg NZa, november 2009.
5. Zie W.T. Algera en J.J.M. Sluijs, 'Marktordening in de gezondheidszorg', *SEW* 2007, p. 177-190; W. Sauter, *Marktwerking in de zorg. Toezicht: met oog op de consument,* Oratie Tilburg: Prisma Print 2009.
6. Uit de memorie van toelichting Wmg: 'Bij regulering van contractvoorwaarden gaat het erom dat de zorgautoriteit eisen kan stellen aan de voorwaarden waaronder een zorgproduct of -dienst wordt geleverd. Eisen ten aanzien van contractvoorwaarden kunnen bijvoorbeeld exclusieve levering tegengaan. Daarnaast gaat het bijvoorbeeld om het tegengaan van onredelijke betalingscondities, onredelijk lange contracttermijnen of om onredelijke voorwaarden bij het opzeggen van een contract.' p. 24. Herhaald en voorts aangevuld met: 'Deze bevoegdheid is strikt gelimiteerd en beperkt tot het bevorderen van de inzichtelijkheid van de zorgmarkten of het bevorderen van mededinging op die markten.' p. 64.
7. Dit wordt ook geïllustreerd door het woord 'bijvoorbeeld' dat twee keer is gebruikt in de MvT Wmg, ibid.
8. Een contracteerverplichting zou bijvoorbeeld kunnen worden gezien als de zwaarste (of zelfs een te zware) ingreep, en non-discriminatie als een van de lichtste. Toch omvat non-discriminatoire behandeling van wederpartijen onder omstandigheden een impliciete contracteerplicht. Hetzelfde geldt voor een veiling- of aanbestedingsplicht.
9. De andere voorbeelden zijn transparante consumenteninformatie, administratievoorschriften, tarief- en prestatieregulering.
10. Zie W. Sauter, 'Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg', *M&M* 2007/1, p. 3-11.

gen.[11] De minister kan de NZa wel op basis van een aanwijzing sturen of bijsturen, bijvoorbeeld een aanwijzing om toch een regel te stellen waar de NZa dit niet uit eigen initiatief doet, of om een bestaande regel aan te passen. Ook kan de minister als uiterste middel een nadere regel vernietigen wegens strijd met het recht of vanwege het belang van de volksgezondheid. Binnen deze grenzen lijkt artikel 45 Wmg voor de NZa van groot mogelijk belang als algemeen reguleringsinstrument in allerlei zorgmarkten.

Reikwijdte

Er bestaat daarom een algemene vraag ten aanzien van de mogelijkheden en onmogelijkheden van artikel 45 Wmg: i.e. de reikwijdte. Daarop wordt hier kort ingegaan. Hierbij moet rekening gehouden worden met Europeesrechtelijke kaders. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de volgende vier aspecten: het verbod op strengere regels van nationaal mededingingsrecht dan de Europese; de verenigbaarheid met de Europese vrij verkeersregels; de verenigbaarheid met de Europese regels voor het verzekeringsbedrijf; en de toepasselijkheid van Europees aanbestedingsrecht. Vervolgens wordt kort aandacht besteed aan de twee nadere regels die de NZa tot nu toe heeft vastgesteld op basis van artikel 45 Wmg, in het bijzonder de regel over elektronische netwerken met betrekking tot zorg. De samenloop met de bevoegdheden van de NMa komt in samenhang met de opmerkingen over het Europese mededingingsrecht en de bespreking van de regeling elektronische netwerken aan de orde.

Artikel 45 Wmg is opgenomen in paragraaf 4.2 over algemene verplichtingen van zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars van de Wmg, en dekt eenduidig alle overeenkomsten welke betrekking hebben op zorg en tarieven voor zorg. De vraag is echter of dit ook voor zorgverzekeringsmarkten geldt. Er wordt geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van bepaalde zorgmarkten, noch in artikel 45 Wmg zelf, noch in de MvT. Ook de ruime redactie van artikel 45 Wmg 'overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten' pleit voor een uitleg die alle typen zorgmarkten dekt.[12] Daar staat tegenover dat anders dan artikel 32 Wmg over marktonderzoek – dat spreekt over 'de totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg, tarieven of ziektekostenverzekeringen' – artikel 45 Wmg louter spreekt over 'overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven'. De NZa ziet op basis van dit onderscheid een beperkte reikwijdte op dit punt want zij claimt in de toelichting geen bevoegdheid over zorgverzekeringsmarkten op grond van artikel 45 Wmg. Het is daarmee ook niet meer noodzakelijk om te beredeneren of dat al dan niet in overeenstemming is met de Derde Schaderichtlijn.[13] Het feit dat zorgverzekeringsmarkten buiten schot blijven, neemt niet weg dat er op andere markten wel ruimte kan zijn om tegen zorgverzekeraars op te treden in zorginkoopmarkten waar het gaat over overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven, bijvoorbeeld ten aanzien van de transparantie in deze markten. Zie hierover verder onder Europeesrechtelijke aspecten.

Ten aanzien van de vraag of ook in individuele gevallen kan worden ingegrepen bevat de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wmg een eenduidig antwoord. Deze stelt namelijk dat gezien de ingrijpende gevolgen die deze regels kunnen hebben voor betrokken marktpartijen het gebruik daarvan als volgt is geclausuleerd: alleen wanneer de NZa algemene, structurele (markt-) belemmeringen constateert, kan zij ingrijpen door alle aanbieders of alle verzekeraars op de desbetreffende

11. Hetzelfde geldt voor transparantie en administratievoorschriften. Een voorafgaande aanwijzing is verplicht bij het vastleggen dan wel wijzigen van de tariefsoort (vrij, vast, maximum, minimum of bandbreedte) en voor experimenten (op basis van art. 7(2) juncto 57(4), 58 en 59 Wmg).

12. In de memorie van antwoord (MvA) aan de Eerste Kamer staat wel tussen haken '(alleen zorginkoopmarkt)' bij een opmerking over art. 45 Wmg: 'Het instrumentarium van de NZa is breder dan het geven van tariefprikkels. Zo kan de NZa, om markten op gang te brengen, generieke regels stellen over:
- de totstandkoming van overeenkomsten en voorwaarden daarin (alleen zorginkoopmarkt);
- transparante consumenteninformatie (zorgverzekeringsmarkt en zorgverleningsmarkt);
- de administratie van partijen (denk aan kostprijsmodellen).'
De wetstekst is echter uiteindelijk bepalend. Deze passage uit de MvA vormt slechts een weergave van de opvattingen van dat moment, welke opvattingen kunnen wijzigen.

13. Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (derde richtlijn schadeverzekering), Pb. EG 1992, L 228/1. Deze stelt grenzen aan de bevoegdheid van de lidstaten van de Europese Unie om eisen te stellen aan verzekeringsovereenkomsten. Art. 29 van de DSR verbiedt de lidstaten om goedkeuring vooraf of systematische mededeling te vergen van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven en de formulieren en andere documenten die in relatie met de verzekerden worden gehanteerd. Deze bepaling wordt zo uitgelegd dat de NZa verzekeraars in beginsel vrij moet laten bij het vaststellen van tarieven of bij het bepalen van voorwaarden van polissen. Zie G.J.H. Hamilton, 'Een zorgverzekering die past in Europa', *SEW* 2005, p. 411-421.

deelmarkt op de genoemde onderdelen verplichtingen op te leggen die de concurrentie bevorderen.[14]
Het gebruik van het begrip deelmarkt verdient nadruk. Kennelijk is het mogelijk om binnen bijvoorbeeld de zorginkoopmarkt deelmarkten te reguleren en andere buiten beschouwing te laten. Dit is vanzelfsprekend in lijn met de eisen van evenredigheid evenals de noodzaak van het bestaan van structurele problemen. Een regeling zou daarnaast in bepaalde gevallen mogelijk ook een specifieke uitwerking kunnen hebben op of in een geografische deelmarkt, hoewel in een dergelijk geval veelal sprake zal zijn van marktmacht, waarmee gebruik van het AMM-instrumentarium eerder aan de orde is.

Verhouding tot andere NZa bevoegdheden

Wij gaan hier kort in op AMM en transparantiebevoegdheden van de NZa omdat hier de vermoedelijke overlap met artikel 45 Wmg het grootst is.

AMM en artikel 45 Wmg

Ten aanzien van AMM heeft de NZa een algemene benadering ontwikkeld die duidelijke prioriteiten stelt: problemen die het gevolg zijn van verkoopmacht hebben prioriteit boven inkoopmacht, en uitsluiting van concurrenten heeft voorrang boven uitbuiting van consumenten.[15] Deze benadering is ook in lijn met het commune mededingingsrecht zoals toegepast door de NMa en de Europese Commissie. Voor toepassing van artikel 45 Wmg ligt het voor de hand dat op dit vlak vergelijkbare prioriteiten gelden. Dit zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de aandacht van de NZa vooral zal uitgaan naar de voorwaarden die zorgaanbieders hanteren en naar uitsluitingpraktijken tussen marktpartijen onderling of gevallen waar uitsluiting van toetreders het gevolg is van de houding van de zorgkantoren ten aanzien van aanbieders, zoals in de nadere regel transparantie.[16]
Behalve overeenkomsten zijn er ook verschillen tussen de twee mededingingsbevoegdheden van de NZa. Een belangrijk verschil met AMM is dat bij het inzetten van artikel 45 Wmg alle partijen aan een kant van de markt (bijvoorbeeld alle ziektekostenverzekeraars of alle zorgaanbieders) in één keer kunnen worden geadresseerd en hier geen machtspositievereiste geldt. Wel geldt een vereiste dat sprake is van structurele problemen. De toepassing van AMM-bevoegdheden vindt van geval tot geval plaats en alleen op partijen met AMM (machtspositie), die moet worden vastgesteld op basis van een vaak tijdrovende en in de zorg bovendien veelal gecompliceerde marktafbakening.[17]
Verder kent het AMM-regime als maatregelen die kunnen worden opgelegd niet het ingrijpen in contractuele voorwaarden of de wijze waarop overeenkomsten tot stand komen als zodanig. Wel bestaat er mogelijk overlap ten aanzien van verplichtingen als transparantie, non-discriminatie en ontbundeling. Waar AMM ten slotte mede ziet op de mogelijkheid van het opleggen van een openbaar aanbod om een bepaalde zorgprestatie te leveren, lijkt artikel 45 Wmg althans mede te zien op openbare vraag om een bepaalde zorgprestatie af te nemen (zoals bij aanbesteding en veiling). Zie vergelijkbaar ten aanzien van toegang (actief of passief) hierna de regeling elektronische netwerken. Mede vanwege de overlap tussen beide regimes is denkbaar dat verschillende verplichtingen die het AMM-regime kent via een wijziging van de contractuele voorwaarden die gelden tussen partijen op basis van artikel 45 Wmg zouden kunnen worden opgelegd.
In het algemeen geldt dat bevoegdheden die (ook) bestaan ten aanzien van AMM niet primair op grond van artikel 45 Wmg aangepakt zouden moeten worden. Zo zouden immers de strengere rechtswaarborgen die gelden ten aanzien van AMM worden omzeild, bijvoorbeeld in het geval waar het niet werkelijk om een marktbreed probleem gaat, maar om het treffen van een bepaalde onderneming. Bij de keuze tussen beide instrumenten zal dus doorslaggevend dienen te zijn of sprake is van een AMM-positie (onafhankelijk handelen, uiteindelijk ten koste van de consument), of juist van structurele misstanden in een markt die een structurele oplossing behoeven. Doorgaans zal het een het andere uitsluiten, hoewel in het geval van de zorgkantoren zich mogelijk gelijktijdig AMM- en structurele belemmeringen voordoen. Dan ligt het voor de hand om structurele problemen ook met structurele (generieke) maatregelen op te lossen.

Transparantie

De Wmg kent een reeks bepalingen ten aanzien van transparantie (zoals art. 38, 39 en art. 40 Wmg).[18] De toelichting op artikel 45 Wmg geeft hiervoor de volgende driedeling aan:
- de artikelen 38, 39 en 40 Wmg hebben betrekking op transparantie voor consumenten;

14. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 186, nr. 8, p. 7. 'Gezien de ingrijpende gevolgen die deze regels kunnen hebben voor betrokken marktpartijen, is het gebruik van de regels geclausuleerd: alleen wanneer de NZa algemene, structurele marktbelemmeringen constateert, kan zij ingrijpen door alle aanbieders of alle verzekeraars op de desbetreffende deelmarkt op de genoemde onderwerpen verplichtingen op te leggen die de concurrentie bevorderen. De NZa dient zoveel mogelijk een gelijk speelveld te creëren. Dit houdt in dat zij bij het stellen van algemene regels geen onderscheid maakt tussen ondernemingen die op dezelfde deelmarkt opereren. Bijvoorbeeld regels over de manier waarop overeenkomsten op de zorginkoopmarkt tot stand komen.'
15. AL/BR-100.086 Beleidsregel AMM, 20-10-2008 (<http://www.nza.nl/binaries/13755/36208/AL_BR-100.086.pdf>) en de bijbehorende toelichting.
16. Regeling CA/NR-100/078 Transparantie contracteerproces AWBZ, zie noot 2.
17. R.S. Halbersma, W. Kerstholt en M.C. Mikkers, 'Marktafbakening en marktmacht in de zorgsector', *M&M* 2009/2, p. 74-82; M. Varkevisser, *Patient choice, competition and antitrust enforcement in Dutch hospital markets,* Rotterdam: Optima 2009.
18. Zie ook het NZa Visiedocument over transparantie: *Helderheid over transparantie*, maart 2009.

- artikel 45 Wmg heeft betrekking op transparantie tussen marktpartijen; de zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars;
- artikel 61 Wmg heeft daarnaast betrekking op de bevoegdheid van de NZa om ter vervulling van haar taken zelf informatie op te vragen en met derden te delen.

Door deze systematiek te gebruiken kan de NZa vermijden dat op basis van een verkeerde of onduidelijke grondslag informatie transparant wordt gemaakt. Wat artikel 45 Wmg betreft gaat het dus om het inzichtelijk maken van zorgmarkten in de verhouding tussen professionele marktpartijen. De nadere regel transparantie contracteerproces AWBZ (zie voor meer hierover onder regels transparante zorginkoop procedures) is hier een goed voorbeeld van.

Verhouding ten aanzien van specifieke partijen

Alvorens over te gaan tot een bespreking van de soorten ingrijpen die de NZa luidens haar toelichting bij artikel 45 ter beschikking staan wordt hier kort ingegaan op de vier verschillende typen partijen die hierdoor geraakt zullen worden.

Zorgaanbieders

Ten aanzien van zorgaanbieders kan vooral worden gedacht aan clausules die concurrentiebelemmerend werken, respectievelijk uitsluiting ten gevolge kunnen hebben. De voorbeelden die de MvT noemt zijn exclusiviteitbedingen, en daarmee vergelijkbare bedingen zoals onredelijk lange contractvoorwaarden of onredelijke voorwaarden bij het opzeggen van een contract. Ook getrouwheidskortingen en strategische vormen van koppelverkoop vallen in deze categorie. Dergelijke beperkingen zijn denkbaar in verticale relaties tussen zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars en/of consumenten, maar ook tussen zorgaanbieders onderling (horizontaal of verticaal).
Waar zorgaanbieders onderling concurrentiebeperkende afspraken maken, is in de eerste plaats het algemene mededingingstoezicht van de NMa in beeld. Als het gaat om de meer marktordenende bevoegdheid (het maken van markten), in plaats van het bewaken daarvan (dus waar kartelafspraken ontbreken) heeft de NZa het voortouw. Dit kan op grond van de voorrangsbepaling in artikel 18 derde lid Wmg, hoewel deze tot dusver vooral op de samenloop tussen AMM en het verbod op misbruik van economische machtspositie is toegepast, en niet – zoals hier het geval zou zijn – tussen het kartelverbod en artikel 45 Wmg.[19] Hierbij moet nog een onderscheid gemaakt worden tussen horizontale en verticale afspraken. Verticale afspraken zullen tenzij zij uitsluitende effecten hebben over het algemeen concurrentie- en doelmatigheidsbevorderend werken zodat de NZa zich eerder op horizontale afspraken zou moeten richten.[20] Het ligt voorts in de rede dat de NZa zich ten aanzien van overeenkomsten tussen zorgaanbieders concentreert op uitsluiting van nieuwe toetreders. Het slechten van toetredingsdrempels is immers een fundamentele voorwaarde voor effectieve concurrentiedruk. Deze thema's zijn ook duidelijk te herkennen in inhoud en de motivatie van de nadere regel ten aanzien van elektronische netwerken met betrekking tot zorg.

Ziektekostenverzekeraars

Zorgverzekeraars vallen zoals hiervoor al werd aangegeven alleen binnen de reikwijdte van artikel 45 Wmg voor wat betreft zorginkoopmarkten. Vooral kleinere (eerstelijns)aanbieders protesteren op dergelijke markten over het gebrek aan mogelijkheden om op individuele basis over de gestelde (of beschikbare) voorwaarden te onderhandelen. Dit wordt ook wel onder de noemer 'slikken of stikken' samengevat. Daar tegenover staat het beginsel van contractvrijheid in de zin van het selecteren van contractpartners dat in principe algemeen geldend is, dus ook voor zorgverzekeraars, zelfs (in de meeste gevallen) als zij over een machtspositie zouden beschikken.[21] Er worden inmiddels door de NZa wel spelregels (richtsnoeren) voor contracteren opgesteld. Dit zou een potentiële voorloper kunnen zijn van een regeling op basis van artikel 45 Wmg met daarin regels voor het contracteerproces van ziektekostenverzekeraars richting eerstelijns zorgaanbieders, bijvoorbeeld ten aanzien van wanneer een contract wordt voorgelegd, de termijn om daarover na te denken, en de mogelijkheid tot het stellen van vragen.

Zorgkantoren

De positie van zorgkantoren staat al langere tijd ter discussie, onder meer vanwege het gebrek aan prikkels tot doelmatige inkoop en het tekortschieten van formele toezichtinstrumenten. Verder beschikken zorgkantoren over regionale inkoopmonopolies en bestaan er daarmee risico's van ongewenste kruiselingse effecten ten aanzien van hun activiteiten als zorgverzekeraars op zorgverzekeringsmarkten. Bovendien is op veel AWBZ-markten sprake van structurele problemen die toetreding

19. 'De zorgautoriteit past bij mogelijke samenloop van bevoegdheden voor zover mogelijk eerst de bevoegdheden toe die zij op grond van deze wet heeft, alvorens de mededingingsautoriteit de haar ten dienste staande bevoegdheden op grond van de Mededingingswet toepast.'

20. De NZa is bijvoorbeeld in haar zienswijzen in fusiezaken wel een aantal malen kritisch geweest ten aanzien van verticale integratie. Zie: Openbare zienswijze concentratie Stichting Philadelphia Zorg, Stichting Evean Groep en Stichting Woonzorg Nederland, 19 december 2007; Openbare zienswijze concentratie Academisch Medisch Centrum Amsterdam en Verenigd Ziekenvervoer Amsterdam Groep BV, 21 juli 2009; Openbare zienswijze Coöperatie Vlietland – Vlietland Ziekenhuis, 8 februari 2010.

21. In het mededingingsrecht geldt leveringsweigering in drie categorieën gevallen als een misbruik: bij het afsnijden van bestaande klanten om stroomafwaarts de eigen positie uit te breiden, zie HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents*, *Jur*. 1974, p. 223; bij niet reproduceerbare essentiële faciliteiten, zie HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Bronner*, *Jur*. 1998, p. I-7791; en bij intellectuele eigendomsrechten waar een nieuw product wordt geblokkeerd, zie HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P and C-242/91 P, *Magill TV Guide*, *Jur*. 1995, p. I-743.

bemoeilijken. Dit betekent dat er aanleiding bestaat om kritisch toezicht te houden op zorgkantoren met de marktordeninginstrumenten als AMM en artikel 45 Wmg die de NZa ter beschikking heeft. De transparantie van het contracteerproces van de zorgkantoren was dan ook het eerste onderwerp dat de NZa met een nadere regel op basis van artikel 45 Wmg heeft opgepakt. In deze regeling is bepaald dat zorgkantoren meer inzicht in hun contracteerproces moesten geven.

Consumenten

Gegeven de – in het algemeen - ongelijke verdeling van onderhandelingsmacht zal de NZa eventueel op basis van artikel 45 Wmg willen ingrijpen in overeenkomsten tussen consumenten en zorgaanbieders op de zorginkoopmarkt, in beginsel met betrekking tot het bevorderen van de concurrentie (zoals hiervoor onder transparantie besproken gelden voor dit laatste andere bepalingen). Hiertoe kan ook wat de consument betreft worden aangegrepen op de eerder genoemde voorbeelden in de MvT (zoals onredelijke betalingscondities en onredelijke voorwaarden bij opzegging). Daarnaast geven de regels voor de Geneeskundige behandelovereenkomst in Boek 7, titel 7, afdeling 5 BW de consument al bepaalde basisgaranties, en gelden de algemene bepalingen van het BW ten aanzien van onredelijk bezwarende bedingen.[22] De regels die de NZa stelt zullen zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de wettelijke bepalingen in het BW, en de motivatie zal moeten beargumenteren waarom aanvullende bescherming op basis van artikel 45 Wmg nodig is. De belangrijkste overweging zal zijn dat op basis van artikel 45 Wmg een generieke regeling kan worden getroffen voor een bepaald probleem waarbij de NZa ordenend en handhavend optreedt terwijl de Geneeskundige behandelovereenkomst in individuele procedures door de consument zelf wordt gehandhaafd.

Overwegingen ten aanzien van soorten ingrijpen

De toelichting van de NZa is relatief summier op dit punt, zij het dat de begrippen veiling en aanbesteding met enige regelmaat terugkomen. Feit is dat geen van beide instrumenten tot nu toe op basis van artikel 45 Wmg is toegepast. Hierdoor is er op dit moment nog niet veel algemeens over te zeggen. Op grond van de Wmg gaat het om twee typen van optreden: ten aanzien van enerzijds contractuele voorwaarden en, anderzijds de wijze van totstandkomen van overeenkomsten.

Contractuele voorwaarden

Behalve exclusiviteit geeft de MvT geen verdere voorbeelden van contractuele voorwaarden die van belang kunnen zijn ten aanzien van uitsluiting, zoals getrouwheidskortingen, en ook geen voorbeelden van verticale beperkingen zoals non-discriminatiebepalingen, *most favoured nation (MFN)* of *English* en *meeting competition*-clausules die prikkels tot concurrerend gedrag wegnemen.[23] Zowel uit de doelstelling van het bevorderen van concurrentie in artikel 45 Wmg zelf als uit het gebruik van exclusiviteit als voorbeeld in de MvT kan echter worden afgeleid dat ook aan deze andere typen contractvoorwaarden met negatieve effecten op de concurrentie kan worden gedacht. Het ingrijpen van de NZa op basis van artikel 45 Wmg is dan ook niet beperkt tot bijvoorbeeld de algemene onredelijke en bezwaarlijke bedingen genoemd in het BW. Bij artikel 45 Wmg moet vooral gedacht worden aan bedingen die de mededinging belemmeren of beperken. Deze bedingen kunnen tot gevolg hebben dat de marktwerking in de zorg – een markt in transitie – niet goed op gang komt. Ten aanzien van het tegengaan van deze bedingen is het logisch dat zoveel mogelijk aangesloten wordt bij het algemene mededingingsrecht.[24]

Wijze van tot stand komen van overeenkomsten

Hierbij kan onder meer gedacht worden aan vormen van contracteren zoals veilingen. Duidelijk is dat deze zowel de inzichtelijkheid van zorgmarkten vergroten en tegelijkertijd het tot stand komen van concurrentie op deze markten bevorderen. Feitelijk wordt vooral de toetreding hiermee bevorderd. Tegelijk vergroten deze instrumenten ook de keuzemogelijkheden van de consument. Verder kan worden gedacht aan het opleggen van aanbestedingsprocedures ook waar deze Europeesrechtelijk niet verplicht zouden zijn (zie hierover het onderdeel openbare aanbesteding). Overigens is het Europese recht op dit front in ontwikkeling: op grond van transparantie worden steeds scherpere eisen gesteld ook buiten het kader van de formele openbare aanbestedingsregels. Vormen van aanbesteding op nationaal niveau die hiermee in lijn zijn en de toetreding bevorderen, zullen in beginsel Europeesrechtelijk niet problematisch zijn.

Europeesrechtelijke dimensie

In het onderstaande wordt nog kort ingegaan op de vier Europeesrechtelijke aspecten die eerder als relevant voor de uitleg van artikel 45 Wmg werden gekenschetst. Dit zijn:

22. De NZa sluit bijvoorbeeld ten aanzien van declaratiebepalingen ook aan op de Geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 BW. Voorts geeft Boek 6, titel 5, afdeling 3 BW (mogelijk) onredelijke bezwarende bedingen (grijze en zwarte lijst), zoals onredelijke opzegtermijnen.

23. M. Motta, *Competition policy: Theory and practice,* Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 156-157 en p. 342-343. Dergelijke clausules vergen respectievelijk dat afnemers aanspraak kunnen maken op de beste voorwaarden die aan een van de andere afnemers geboden worden, of dat afnemers aanspraak kunnen maken op de beste voorwaarden die elders in de markt worden aangeboden. Dit versterkt de mogelijkheden tot collusie en vermindert de prikkels tot concurrerend gedrag. Paradoxaal genoeg kunnen partijen met marktmacht op deze manier hun prijzen juist hoog houden. Hetzelfde geldt voor non-discriminatiebepalingen.

24. Dit is vereist op grond van art. 18 lid 4 Wmg. Zie bijvoorbeeld de NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector, maart 2010. Daarnaast speelt Verordening (EG) nr. 1/2003 potentieel mee, zoals later in deze tekst behandeld wordt.

– de verenigbaarheid met het Europese mededingingsrecht;
– de verenigbaarheid met de Europese vrij verkeersregels;
– de verenigbaarheid met de Derde Schaderichtlijn;
– de toepasselijkheid van de Europese aanbestedingsregels.

Verenigbaarheid met Europees mededingingsrecht

Artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 regelt de verhouding tussen Europees en nationaal mededingingsrecht.[25] Het is de vraag of artikel 45 Wmg moet worden beschouwd als een regel van nationaal mededingingsrecht. Daar staat tegenover dat het kan worden ingezet 'om de concurrentie te bevorderen'. Er zijn voor zover ons bekend elders geen goed vergelijkbare bevoegdheden waarvoor deze vraag al beantwoord is (ander sectoraal mededingingstoezicht stamt vaak uit Europees recht).[26]

Het tweede lid van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt dat het nationale mededingingsrecht, kort gezegd, geen verbod mag bevatten van zaken die op grond van het Europese mededingingsrecht niet verboden zouden zijn, behalve waar (zoals in het geval van economische machtspositie en AMM, maar ook bij oneerlijke handelspraktijken waarover in veel lidstaten wetgeving bestaat) sprake is van eenzijdige gedragingen. Twee opmerkingen over dit tweede lid:

– Artikel 45 Wmg bevat geen verbodsbepaling en er is ook geen sprake van een bestraffing (wel zal uiteindelijk de overtreding van een regel die de NZa op grond van artikel 45 Wmg heeft aangenomen gehandhaafd kunnen worden). Strikt gesproken zal er ten aanzien van artikel 45 Wmg dus geen sprake zijn van een verbodsbepaling die strenger is dan de verboden van de Europese mededingingsregels.[27]
– Omdat artikel 45 Wmg betrekking heeft op overeenkomsten is het wel de vraag of hier sprake kan zijn van eenzijdige handelingen. Waar de inkoopmacht of verkoopmacht van partijen zo groot is dat de voorwaarden van overeenkomsten volstrekt eenzijdig worden gedicteerd ('slikken of stikken'-contracten), daar kan onder omstandigheden wellicht toch gesproken worden van eenzijdige handelingen.[28]

Het derde lid van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt dat het verbod op strengere nationale bepalingen, alsook de plicht tot het toepassen van de Europese mededingingsregels, de toepassing van regels met een ander doel dan deze mededingingsregels niet beletten. Ook deze bepaling bevat dus een uitzondering die relevant is voor artikel 45 Wmg. Hoewel de Europese mededingingsregels en de Wmg uiteindelijk hetzelfde doel dienen, namelijk de effectieve mededinging ten behoeve van het algemene consumentenbelang, bestaat ook een belangrijk verschil.

Het Europese mededingingsrecht immers gaat uit van concurrerende markten waarop zij de effectieve mededinging *ex post* tracht te beschermen tegen inbreuken. Artikel 45 Wmg dient echter juist om in een liberaliseringcontext daar waar een dergelijke mededinging niet van de grond komt door de wijze waarop contracten tot stand komen respectievelijk de voorwaarden in die contracten *ex ante* actief de overgang naar effectieve marktwerking te bevorderen. In lijn met de algemene doelstellingen van de Wmg is verder ook voor artikel 45 Wmg het consumentenbelang leidend, geconcretiseerd in de publieke doelen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit. Dit zijn voor het sectorspecifieke concurrentietoezicht van de NZa belangrijke kwalitatieve verschillen ten opzichte van het Europese mededingingsrecht.[29]

Ten slotte ziet Verordening (EG) nr. 1/2003 op de behandeling van specifieke inbreuken in individuele gevallen. Zoals duidelijk blijkt uit de nota naar aanleiding van het verslag[30] zal daar bij de toepassing van artikel 45 Wmg juist geen sprake van zijn: het gaat om een regelgevende bevoegdheid met als doel een generieke aanpak van structurele problemen, waar mogelijk *ex ante*, en niet een toezichthoudende bevoegdheid tot het *ex post* aanpakken van individuele overtredingen. Dit laatste is overigens niet als uitdrukkelijk als een aparte uitzonderingsgrond in Verordening (EG) nr. 1/2003

25. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG 2003, L 1/1. '(2) De toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel 81, lid 3, van het Verdrag vallen. *Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen*. (3.) Onverminderd algemene beginselen en andere bepalingen van het Gemeenschapsrecht, zijn de *leden 1 en 2* niet van toepassing wanneer de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten nationale wetten inzake de controle op fusies toepassen; zij *beletten evenmin de toepassing van bepalingen van het nationale recht die overwegend een doelstelling nastreven die verschilt van de in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag nagestreefde doelstellingen*.'[cursiveringen toegevoegd]
26. Het meest vergelijkbaar is het in 2009 ingestelde Britse Cooperation and Competition Panel (CCP) dat ten aanzien van mededingingsvraagstukken slechts een adviserende rol heeft ten opzichte van de Secretary of State for Health van het VK. Zie <www.ccpanel.org.uk>
27. Wel is op het moment sprake van een mogelijke wetswijziging die een nietigheidssanctie aan art. 45 Wmg zou toevoegen (nog is onduidelijk of beoogd wordt dat deze wordt opgelegd door de NZa of automatisch volgt).
28. Indien dit de mogelijkheid van onafhankelijk gedrag omvat is mogelijk ook AMM aan de orde. Er zal dan een keuze gemaakt moeten worden tussen generiek (art. 45 Wmg) of specifiek (AMM) optreden. Dit zal veelal draaien om de vraag of de problemen meer structureel of incidenteel zijn.
29. Hoewel de EU ook sectorspecifieke ex ante regimes kent zoals in de elektronische communicatie, de energie en het transport, waaruit blijkt dat Europa het nut van parallelle regimes in de liberaliseringscontext erkent.
30. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 186, nr. 8, p. 7.

opgenomen. Een regeling op grond van artikel 45 Wmg kan natuurlijk wel tot gevolg hebben dat er vervolgens individuele overtredingen plaatsvinden die gevolgd worden door sancties. Naar onze mening levert dit in samenhang met de voorgaande argumenten bezien de toepassing van artikel 45 Wmg echter nog steeds geen strijd met Verordening (EG) nr. 1/2003 op. Samenvattend: er is geen sprake van een verbod, in sommige gevallen gaat het mogelijk om eenzijdige handelingen, het gaat om het bevorderen en niet louter het handhaven van de mededinging en daarmee om een ander doel, respectievelijk om transparantie, en het gaat niet om individuele gevallen.

De vrij verkeersregels

Waar geen sprake is van harmonisatie, daar gelden de vrije verkeersregels (vrijheid van goederen en diensten, van personen (inclusief vestiging) en van kapitaalverkeer) van het Werkingsverdrag (Wv) met directe werking. Hierop zijn twee typen uitzondering mogelijk: de uitzonderingsgronden van het Verdrag zelf (waaronder openbare orde, veiligheid en volksgezondheid), en de dwingende redenen van algemeen belang die door het Hof van Justitie worden aanvaard. Aan deze laatste categorie worden de volgende eisen gesteld:

- behoort tot niet geharmoniseerd gebied;
- streeft een doelstelling van algemeen belang na;
- is niet-discriminerend;[31]
- is geschikt en objectief noodzakelijk;
- staat in verhouding tot het nagestreefde doel;
- en het algemeen belang moet niet al zijn gewaarborgd in de lidstaat van herkomst.[32]

Er bestaat geen limitatieve lijst van wat onder het algemeen belang kan vallen. Het algemeen belang bij het eventueel opleggen van verplichtingen aan zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars kan zijn gelegen in het functioneren van het nationale zorgstelsel opdat de toegang tot gezondheidszorg van een goede kwaliteit en tegen een aanvaardbare prijs gewaarborgd is (aansluitend bij de Wmg-doeleinden van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid). Dit belang, dat de volksgezondheid (en de sociale zekerheid) raakt, speelt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over interne markt en mededinging een belangrijke rol bij de rechtvaardiging van overheidsmaatregelen ter zake.[33] Hoewel de inzichtelijkheid van zorgmarkten en het bevorderen van de concurrentie op deze markten geen op zichzelf staande dwingende redenen van algemeen belang zijn, kunnen zij hierdoor waarschijnlijk worden gedekt.[34]
Daarnaast zou kunnen worden betoogd dat de inzichtelijkheid van zorgmarkten en de bevordering van concurrentie noodzakelijk en evenredig zijn ter bescherming van de volksgezondheid en daarom onder de in het Verdrag zelf genoemde uitzondering vallen.
Het doel van de beoogde ingrepen is steeds het bevorderen van open en goed functionerende markten – en toetreding. Daarom mag worden verondersteld dat indien zich al problemen zouden voordoen met de vrijverkeersregels, een succesvol beroep op een uitzonderingsgrond gedaan kan worden. Het gaat de NZa om het opheffen, niet het instandhouden van belemmeringen voor markttoegang.

De Derde Schaderichtlijn

De Derde Schaderichtlijn (DSR) stelt grenzen aan de bevoegdheid van de lidstaten van de Europese Unie om eisen te stellen aan verzekeringsovereenkomsten. Artikel 29 van de DSR verbiedt de lidstaten om goedkeuring vooraf of systematische mededeling te vergen van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven en de formulieren en andere documenten die in relatie met de verzekerden worden gehanteerd.[35] Deze bepaling wordt zo uitgelegd dat de NZa verzekeraars in beginsel vrij moet laten bij het vaststellen van tarieven of bij het bepalen van voorwaarden van polissen.[36]
Onder de DSR zijn echter toch aanvullende marktordeningeisen mogelijk. Artikel 54 DSR maakt het mogelijk om in het algemeen belang eisen te stellen aan verzekeringsondernemingen, in het bijzonder voor ziektekostenverzekeringen Die maatregelen moeten geschikt zijn om een legitiem doel van algemeen belang te bereiken en mogen niet verder gaan dan daartoe noodzakelijk is. Voorts mogen er geen andere gelijkwaardige maatregelen zijn die minder belemmerend zijn voor de Europese markt. Er wordt dus een strenge proportionaliteitstoets gehanteerd. Als aan ziektekostenverzekeraars verplichtingen worden opgelegd op grond van artikel 45 Wmg moet aan deze voorwaarden worden voldaan.
Verder is van belang dat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie de DSR geen volledige harmonisatie inhoudt.[37] Dat betekent dat voor onderwerpen die buiten het geharmoniseerde kader vallen de algemene vrijverkeersregels van toepassing zijn, en de uitzonderingen daarop. De vrijverkeersregels staan toe dat ten behoeve van maatregelen die de marktoegang beperken

31. Discriminerende maatregelen kunnen op grond van art. 36, 52 en 62 Wv alleen worden gerechtvaardigd ten bate van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, en mogen geen redenen van economische aard omvatten. (Het Hof integreert dit criterium overigens steeds vaker in de volgende twee criteria).
32. Interpretatieve mededeling van de Commissie: vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf, Pb. EG 2000, C43.5.
33. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 februari 1984, zaak 238/82, *Duphar*, *Jur*. 1984, p. 523; HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, *Kohll*, *Jur*. 1998, p. I-1931; HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, *Jur*. 2001, p. I-5473. Andere mogelijke excepties zijn het financieel evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel en de noodzaak tot planning in de ziekenhuissector.
34. Ervan uitgaande dat deze kunnen gelden als niet-economische algemene belangen van dwingende aard.
35. Richtlijn 92/49/EEG.
36. Hamilton 2005.
37. HvJ EG 7 september, zaak C-346/02, *Commissie/Luxemburg*, *Jur*. 2004, p. I-7517; HvJ EG 7 september 2004, zaak C-347/02, *Commissie/Frankrijk*, *Jur*. 2004, p. I-7557; Zie ook HvJ EG 25 februari 2003, zaak C-59/01 *Commissie/Italië*, *Jur*. 2003, p. I-1759; en de Interpretatieve mededeling van de Commissie: vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf, Pb. EG 2000, C43/5.

een (niet-economische) exceptie wordt ingeroepen.[38] De voorwaarden die hieraan worden gesteld zijn in het bovenstaande al behandeld.
Een primaire verdediging van ingrepen op basis van artikel 45 Wmg die effect hebben op de markttoegang kan in deze context overigens zijn dat er geen sprake is van een beperking, omdat de door de Wmg beoogde marktwerking juist de toetreding bevordert. Secundair kan een beroep worden gedaan op het hiervoor genoemde algemeen belang. Er mag dan ook worden aangenomen dat hiermee ingrijpen op de zorginkoopmarkt waarbij op basis van artikel 45 Wmg aan zorgverzekeraars voorwaarden worden gesteld mogelijk is. Zoals hiervoor onder de discussie aangaande de reikwijdte al is gesteld, is de NZa niet voornemens tot – Europeesrechtelijk meer problematisch – optreden in zorgverzekeringsmarkten omdat de bevoegdheid hiertoe vanuit de samenhang van de Wmg (art.n 32 en 45 Wmg) ontbreekt.

De openbare aanbestedingsregels

Voor de vraag of het invoeren van een aanbestedingsplicht en/of het opleggen van veilingmechanismen mogelijk is, lijkt op het eerste gezicht van belang te zijn in hoeverre dwingende regels van Europees recht al gelden op dit front.
Het is onomstreden dat (voor zover wordt voldaan aan het interstatelijkheidscriterium) de Europese aanbestedingsregels van toepassing zijn op zorgkantoren. Over de vraag of de Europese openbare aanbestedingsregels op ziektekostenverzekeraars van toepassing zijn wordt in de literatuur nog van mening verschild. Er zijn twee mogelijkheden:

De aanbestedingsregels gelden wel:[39]
- Ziektekostenverzekeraars zijn alleen onderworpen aan het milde regime (alleen art. 23 en 35(4) van Richtlijn 2004/18 van toepassing) op basis van artikel 21 juncto Annex IIB van Richtlijn 2004/18.[40]
- Zij zijn weliswaar ook onderworpen aan de transparantierechtspraak van het Hof van Justitie[41] en de interpretatieve mededeling van de Commissie ter zake[42] – inbegrepen publiek adverteren van de opdracht.

De aanbestedingsregels gelden niet (bijvoorbeeld omdat niet wordt voldaan aan het interstatelijkheidscriterium):
- Ziektekostenverzekeraars zijn geen publiekrechtelijke instellingen. Zij zijn onderworpen aan concurrentie en economisch risico en kennen een winstoogmerk. Ook de transparantierechtspraak en de daaruit volgende verplichtingen gelden dan niet.[43]

Nader beschouwd is het voor de doeleinden van de NZa minder belangrijk welk Europees regime (of geen) er van toepassing is. Als geen Europees regime geldt, bestaat er evenmin een Europeesrechtelijk bezwaar tegen het opleggen van (nadere regels voor) aanbesteding en een veilingplicht. Waar een dergelijk regime wel bestaat, daar zal sprake zijn van een licht regime dat verenigbaar is met zwaardere eisen op nationaal niveau zoals een veilingplicht die immers het bevorderen van toetreding tot doel hebben. Wel is – gelet op het vrij verkeer – van belang dat dergelijke procedures expliciet en feitelijk open staan voor buitenlandse aanbieders.

De verhouding tot het commune mededingingsrecht

In de begindagen van het nieuwe stelsel heeft de verhouding tussen de NZa en de NMa enige tijd de belangstelling gehad.[44] Deze is sindsdien geluwd, met uitzondering wellicht ten aanzien van de respectievelijke taken van de NMa en NZa bij toetsing van zorgfusies, welke op dit moment politiek ter discussie staan. Ten aanzien van artikel 45 Wmg en kartelbevoegdheden is nog geen discussie op gang gekomen. In feite versterken de rollen die de beide toezichthouders op dit front spelen elkaar. De NMa treedt in beginsel vooral op waar het bestaan van echte kartelafspraken wordt vermoed, terwijl de overeenkomsten die de NZa adresseert alleen cumulatief een fnuikend effect op de marktwerking behoeven te hebben (of op de transparantie in zorgmarkten). Zo patrouilleert de NMa op de bestaande markt terwijl de NZa het ontstaan van verdere marktwerking bevordert. Daarmee ligt de lat voordat de NZa tot optreden overgaat niet zozeer lager, maar anders – niet één ernstige

38. HvJ EG 26 april 1988, zaak 352/85, *Bond van Adverteerders*, *Jur.* 1988, p. 2085; HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, p. I-1039. Overigens wordt wel enige ruimte gelaten voor het maken van economische argumenten, bijvoorbeeld ten aanzien van de economische balans van een zorgstelsel. Zie S.A. de Vries, 'Patiëntenzorg in Europa na Watts: wiens zorg?', *SEW* 2007, p. 132-14-; HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*.
39. Aldus C. Bartels, 'Zijn zorgverzekeraars onder de nieuwe zorgverzekeringswet nog aanbestedingsplichtig?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2005, p. 130-140.
40. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Pb. EG 2004, L 134/114.
41. HvJ EG 7 december 2000, zaak C324/98, *Telaustria*, *Jur.* 2000, p. I-10745; HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, *Jur.* 2005, p. I-7287; HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Parking Brixen*, *Jur.* 2005, p. I-8585.
42. Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, Pb. EG 2006, C179/2.
43. Aldus G.R.J. de Groot, 'Zorgverzekeraar en aanbestedingsplicht', *Zorg & Financiering* 2005, p. 12-24. Zie ook over deze materie uitgebreid M.J.J.M. Essers, H.E.G.M. Hermands en J.J.M. Sluijs (red), *Aanbesteden en mededinging in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn, Stafleu van Loghum 2008.
44. Bijvoorbeeld C.A. Meijer, 'Concurrerende zorg, concurrerende autoriteiten', *M&M* 2005/7, p. 206-214; K. Schillemans, 'Algemeen en sectorspecifiek mededingingsrecht: blauwachtig grijs en grijsachtig blauw?', *M&M* 2007/1, p. 12-19; E. Steyger, 'Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2006, p. 2-15.

belemmering met voorbeeldfunctie aanpakken, maar vele minder ernstige belemmeringen gezamenlijk aanpakken teneinde het onderliggende probleem structureel op te lossen. In de praktijk kan er toch sprake zijn van samenloop. Dan geldt dat op grond van het samenwerkingsprotocol tussen beide toezichthouders bezien dient te worden welke toezichthouder het probleem het meest effectief kan aanpakken.

De belangrijkste regeling op dit vlak is die van artikel 18 derde lid Wmg die bepaalt dat bij samenloop van bevoegdheden de NZa in eerste instantie voorrang geniet – tenzij beide toezichthouders in onderling overleg anders beslissen, of besluiten gezamenlijk op te treden. Vanuit de marktordeningsgedachte zou die ook de logische volgorde zijn. Voorbeelden van gezamenlijk optreden zijn het gezamenlijke werk aan nieuwe marktafbakeningsmethoden en meer recentelijk ook ten aanzien van zorggroepen (ketenzorg).[45] Gegeven het mededingingsaspect van artikel 45 Wmg lijkt het logisch dat de onderlinge werkafspraken en het samenwerkingsprotocol mede hierop worden betrokken – wat ook een goede taakverdeling in de hand zal werken.[46] Wat betreft het uitleggen van mededingingsbegrippen genoemd in artikel 18 vierde lid Wmg, waarbij de NZa de NMa moet volgen, zal dit bij artikel 45 Wmg wellicht niet steeds expliciet noodzakelijk zijn. Maar voor zover dit aan de orde is, ligt er al een uitgebreide uitleg klaar in de Richtsnoeren zorg van de NMa die in maart 2010 vernieuwd zijn.

De door de NZa ten aanzien van de regeling elektronische netwerken met betrekking tot zorg gekozen benadering (zie het volgende onderdeel) om niet strenger te zijn dan het commune mededingingsrecht lijkt ten slotte een verstandige keuze. Het is van belang om meer duidelijkheid te krijgen over hoe de rechter tegenover deze nieuwe bevoegdheid staat. Tegelijkertijd is vanwege de horizontale aard – regelgeving immers – van maatregelen genomen op basis van artikel 45 Wmg de uitstraling van nature groter dan het optreden door de NMa (of door de NZa op basis van AMM) in een individueel geval. Maar juist daar waar structurele problemen spelen zijn structurele oplossingen geboden – dit geldt wat betreft de bevoegdheden van de NMa ten aanzien van kartelverbod en verbod op misbruik EMP niet anders dan ten opzichte van de AMM bevoegdheid van de NZa. De bevoegdheden van beide toezichthouders vullen elkaar in feite aan, ook al zal er altijd een grijs gebied van samenloop overblijven waarin de NMa en NZa wellicht beide een rol zouden kunnen hebben. Dit laatste temeer indien regelingen van de NZa een specifieke uitwerking hebben op kleinere geografische markten dan de nationale markt.

Wij bespreken nu kort de regelingen op basis van artikel 45 Wmg die al van kracht zijn.

De regeling transparante zorginkoop procedures

Deze regeling uit december 2007 dient ertoe om de onderhandelingsbalans tussen zorgkantoren en zorgaanbieders in de AWBZ in het voordeel van de laatste te beïnvloeden.[47] De zorgkantoren dienen hun contracteermodellen kenbaar te maken, evenals de beschikbare contracteerruimte. Overschrijding van die laatste zou namelijk tot pro rata-kortingen van de gecontracteerde instellingsbudgetten kunnen leiden. De NZa heeft deze regeling getroffen nadat bovengenoemd probleem zich in 2007 inderdaad bij enkele zorgkantoren had voorgedaan. Deze regeling ziet dus vooral op de inzichtelijkheid van het contracteerproces, en daarmee op de wijze van tot stand komen van contracten met betrekking tot zorg en tarieven. Wel is opvallend dat de NZa terwijl zij de voorrang aan het bestrijden van verkoopmacht zegt te geven de eerste keer dat zij op basis van artikel 45 Wmg ingreep dat deed op de inkoopzijde. Wellicht is dit een signaal dat de AWBZ en de positie van de zorgkantoren in het bijzonder een onderwerp apart is. (Weliswaar was naar verluidt in dit geval vooral de positie van toetreders in het geding.) Een verdere mogelijke toekomstige afwijking van deze lijn zijn richtsnoeren contracteren voor de inkoopfunctie van de zorgverzekeraars.

De regeling elektronische netwerken

Deze regeling uit december 2009 ziet op de elektronische netwerken met betrekking tot zorg die dienen om patiënten- en medicatiegegevens evenals laboratoriumuitslagen uit te wisselen, om receptenverkeer mogelijk te maken alsook het doorverwijzen naar en afspraken maken met een andere zorgaanbieder waaronder begrepen het verstrekken van wachttijdgegevens.[48] Partijen tot overeenkomsten aangaande deze onderwerpen dienen deelname daaraan door andere zorgaanbieders mogelijk te maken. Ook worden procedureregels opgelegd.

Het doel van deze regeling is om ter bevordering van de concurrentie op zorgmarkten toegang tot samenwerkingsverbanden met betrekking tot elektronische netwerken voor de bovengenoemde doeleinden onder gelijke voorwaarden mogelijk te maken. Daartoe legt deze regeling de plicht op om onder redelijke, objectieve en

45. Zie NMa en NZa, Gemeenschappelijk Consultatiedocument Zorggroepen, 18 december 2009, en de hierop naar verwachting volgende gezamenlijke richtsnoeren. Dit terrein laat zien dat er een dunne lijn is tussen de bevoegdheden van NZa en NMa: met AMM zou de NZa tegen collectieve machtsposities kunnen optreden in die situaties waarin de NMa art. 6 Mw zou kunnen inzetten.
46. Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, 10 oktober 2006. Het protocol en de daarop gebaseerde werkafspraken worden op het ogenblik herzien.
47. Regeling CA/NR-100/078 Transparantie contracteerproces AWBZ.
48. Regeling CI/NR-100/099.

non-discriminatoire voorwaarden (mogelijk inclusief een passende investeringsbijdrage) tijdig en effectief deelname aan een overeenkomst betreffende een elektronisch netwerk te bieden. Binnen deze grenzen mogen zorgaanbieders verder zelf de voorwaarden bepalen die gelden voor hun netwerk.
De regeling stelt een aantal algemene regels ten aanzien van de procedure voor de behandeling van een verzoek om deelname aan een overeenkomst betreffende een elektronisch netwerk met betrekking tot de zorg vast. Zo worden dus zowel de voorwaarden in overeenkomsten als de wijze van tot stand komen daarvan aangepast.
Aanleiding tot de deze nadere regel waren de volgende problemen.

- Problemen met de toegang van zelfstandige behandelcentra (ZBCs) tot elektronische verwijssystemen waarmee huisartsen hun patiënten doorverwijzen naar de tweede lijn, door tegenwerking van ziekenhuizen in de betreffende regio's
- Problemen met toegang van ziekenhuizen tot eigen patiëntengegevens opgeslagen in een regionaal ict-netwerk met centrale databank voor testresultaten beheerd door een laboratorium, indien deze ziekenhuizen ook concurrerende laboratoria willen kunnen gebruiken om tests uit te laten voeren.
- Talrijke problemen met toegang van veelal nieuw toetredende apothekers tot OZIS, het systeem waarmee apothekers patiëntgegevens en medicatiegegevens van patiënten kunnen opvragen die niet bekend zijn bij de eigen apotheek.[49]
- Problemen met betrekking tot toegang tot elektronisch receptenverkeer tussen (toetredende) huisartsen en (toetredende) apothekers.

Hieruit leidde de NZa af dat voor deze vormen van toegang tot elektronische netwerken met betrekking tot zorg sprake was van structurele problemen. Zij nam bovendien aan dat behalve de gemelde gevallen ook andere gevallen bestonden die niet onder haar aandacht gebracht waren, en dat hun aantal in de toekomst met het groeiende belang van elektronische netwerken in de zorg nog verder toe zou nemen.
Een tweede belangrijk gegeven was dat de NMa over vergelijkbare toegangsproblematiek in de zorg al eerder een tweetal inbreukbeschikkingen had vastgesteld ten aanzien van het kartelverbod.[50] Het preventieve uitstralingseffect van deze beschikkingen bleek dus in veel gevallen uitgewerkt te zijn. Bij afwezigheid van een nieuwe beschikkingenpraktijk van de NMa op dit gebied ontstond er voor de NZa de noodzaak om op te treden. Hiermee bestond zowel voor wat betreft de ernst van het onderhavige probleem als ten aanzien van de samenloop met de bevoegdheden van de NMa overeenstemming tussen beide toezichthouders.

49. Hier vallen onder apotheken in de eerste lijn, poliklinische apotheken en apotheken in dienst van een ziekenhuis.
50. Besluit van de DG NMa van 15 november 2004 in zaak 3022, *Stichting automatisering gezondheidszorg Breda*; Besluit DG NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501, *Wilhelmina Apotheek – Dienstapotheek Assen*.

Bovendien sluit de NZa omwille van consistentie en om het ontstaan van uiteenlopende toegangsstandaarden in de zorg te voorkomen in haar nadere regel ook aan bij de norm die de NMa in vergelijkbare gevallen hanteert: het gaat om de vraag of toegang economische voordelen met zich meebrengt die niet op andere wijze zelfstandig kunnen worden behaald.[51] Een belangrijk onderdeel van de verwachte meerwaarde van de huidige regeling tegenover een beroep op het algemene mededingingsrecht is dat hiermee een algemene regel gesteld wordt die vooraf duidelijkheid schept in de verhoudingen tussen partijen en daarmee geschillen zal voorkomen. Op dit moment zijn nog geen geschillen aanhangig gemaakt – wat ook als reden kan hebben dat de in de regeling gestelde aanpassingstermijn van zes maanden voor overeenkomsten die onder de regeling vallen nog niet is verstreken.

Conclusie

De NZa ontplooit inmiddels haar bevoegdheid in artikel 45 Wmg om de ontwikkeling van transparantie en concurrentie te stimuleren en daarna deze ook te bewaken. Daarmee kan de vraag in de titel van dit stuk bevestigend worden beantwoord: de NZa zet daarmee een nieuwe mededingingsbevoegdheid in. Na een rustige start met een nadere regel over transparantie in het contracteerproces van de AWBZ heeft zij een uitgebreide toelichting over de toepassing van artikel 45 Wmg gepubliceerd evenals een nadere regel die toegang tot elektronische netwerken in de zorg bevordert. Dit laatste doet denken aan de strijd van OPTA om de toegang tot elektronische communicatienetwerken, en is in lijn met de activiteiten die men van een sectorspecifieke mededingingstoezichthouder mag verwachten.
Een aspect dat aan de orde kwam in de toelichting van de NZa op artikel 45 Wmg maar dat zij nog niet actief heeft opgepakt, is het ingrijpen in de wijze van tot stand komen van overeenkomsten door middel van het opleggen van veilingen of aanbesteding. Ook het hanteren van een regionale of lokale geografische marktafbakening, of zelfs de vraag of dat onder artikel 45 Wmg al dan niet mogelijk zou zijn, is nog niet geadresseerd. Wellicht zullen dergelijke dimensies aan de orde komen als de bovengenoemde twee nadere maatregelen over transparantie in het contracteerproces van de AWBZ en over elektronische netwerken met betrekking tot zorg de rechterlijke toets met goed gevolg doorstaan. Verder is het opvallend dat de NZa ondanks haar algemene prioriteit voor verkoopmacht van start ging met een nadere regel bedoeld voor de inkoopzijde van de markt in de AWBZ en inmiddels regels voor het contracteerproces voor zorgverzekeraars overweegt. In het eerste geval is dit verklaarbaar als bevordering van de toetreding; de tweede regel is nog in bewerking.

51. NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector (2010) randnummers 292-295. (Eerder al in de Richtsnoeren voor de zorgsector 2007, randnummers 165-168.) Zie ook L.A. Schakel, 'Elektronische netwerken doe je samen', *Zorg en Financiering* 2010, in voorbereiding.

Op grond van de Europese regels van mededinging, vrij verkeer, schadeverzekering en aanbesteding is er naar ons inzicht weinig aanleiding om te twijfelen aan de houdbaarheid van de door de NZa gepresenteerde toepassing van artikel 45 Wmg. Daarnaast zien wij weliswaar enige samenloop met de bevoegdheden van de NMa ten aanzien van kartelafspraken, maar dit is volgens ons onder toepassing van de gewone voorrangsregel van artikel 18 derde lid Wmg en vanuit marktordeningsperspectief goed werkbaar. De samenloop met het eigen AMM-instrument van de NZa is beperkt aangezien het daar gaat om individuele gevallen van ondernemingen die over marktmacht beschikken. Artikel 45 Wmg ziet daarentegen op structurele problemen die een gehele markt aangaan, en een of meerdere categorieën van ondernemingen betreffen, terwijl marktmacht geen voorwaarde is. Voor structurele problemen structurele oplossingen aanbieden: dat zou een kolfje naar de hand van de marktmeester in de zorg moeten zijn.