

Reactie Consultatie

Aan Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Directie Markt & Consument t.a.v. de heer drs. F.J. Krapels, directeur

Van Maverick Advocaten N.V.

Datum 20 mei 2015

Onderwerp Consultatie Wet herpositionering taken NZa en deregulering

I. INLEIDING

- (1) Op 23 april 2015 verscheen de [Consultatie Wet herpositionering taken NZa en deregulering](#). In deze reactie willen wij graag ingaan op de in de Consultatie opgenomen vragen over de beoogde overheveling van bevoegdheden van de Nederlandse zorgautoriteit ("NZa") naar Autoriteit Consument en Markt ("ACM").
- (2) In onze reactie staat de beantwoording de vragen 1, 3 en 5 van de Consultatie centraal. In dat kader wordt in deze reactie ingegaan op:
- De effectiviteit van voorgestelde wijzigingen uit de [Wet herpositionering taken NZa en regulering](#)
 - De [zorgspecifieke fusietoets](#)
 - [Aanmerkelijke marktmacht](#)
 - Het bevorderen van contractering en [artikel 45 Wet marktordening gezondheidszorg](#) ("Wmg")
 - Overige opmerkingen

II. ZORGSPECIFIEKE FUSIETOETS (VRAAG 1 en 3)

Vraag 1: "Vindt u het wetsvoorstel effectief om de gestelde doelen te bereiken? Indien niet, heeft u suggesties ter verbetering?"

Vraag 3: "Heeft u opmerkingen bij de aanscherpingen ten aanzien van het markttoezicht in de zorg (betreft zowel aanmerkelijke marktmacht als de zorgspecifieke fusietoets)?"

Kies voor afschaffing van de zorgspecifieke fusietoets

- (3) Het wetsvoorstel dat ten grondslag ligt aan de huidige zorgspecifieke fusietoets kon rekenen op flinke [kritiek](#) van de Raad van State.¹ De Raad meende bijvoorbeeld dat de NZa niet goed vooraf bij fusies in de zorg zou kunnen oordelen over de gevolgen die een fusie heeft voor de kwaliteit van de zorg. De Raad betwijfelde of een inhoudelijke toetsing op dit punt door middel van de zorgspecifieke fusietoets effectief te borgen is. Ook plaatste de Raad kanttekeningen bij verschillende elementen van de toets. De Raad bracht een negatief advies uit over het wetsvoorstel.

¹ Advies Raad van State en nader rapport gepubliceerd op 10 mei 2012.



- (4) Ook vertegenwoordigers van zorgaanbieders waren niet positief over het wetsvoorstel dat ten grondslag licht aan de huidige zorgspecifieke fusietoets. Zo [uitlet](#) Brancheorganisaties Zorg, namens vijf grote brancheorganisaties uit de zorg, meermaals kritiek op het wetsvoorstel.² Dit zag niet alleen op de zeer lage omzetrempels, maar ook op het feit dat er sprake zou zijn van een onnodige administratieve belasting voor zorgaanbieders. Tegelijk werd gewezen op de bestaande mogelijkheden voor inspraak bij concentraties in de zorg door ondernemingsraden, cliëntenraden en andere stakeholders.
- (5) De toetsing die NZa geacht wordt te verrichten in het kader van de huidige zorgspecifieke fusietoets is hoofdzakelijk procedureel van aard. Tegelijk geldt dat er mogelijkheden bestaan voor ondernemingsraden, cliëntenraden en andere stakeholders om zich ten aanzien van concentraties in de zorg uit te spreken en zich ook (juridisch) te verzetten tegen concentraties in de zorg.³ Daar wordt in de praktijk ook gebruik van gemaakt.⁴ De zorgspecifieke fusietoets creëert daarom, kort gezegd, dubbel werk en is gezien de aard en opzet zowel voor concentraties van kleine als (middel)grote zorgaanbieders een overbodige toets.⁵
- (6) Door bij de zorgspecifieke fusietoets omzetrempels te introduceren, zou worden geborgd dat alleen concentraties in de zorg die 'ertoe doen' onderworpen worden aan de zorgspecifieke fusietoets. Weliswaar is het voorstel voor introductie van omzetrempels een beweging in de goede richting, maar daarmee wordt een halve maatregel genomen. Hierbij spelen diverse punten een rol. Enkele voorname punten hierna kort worden toegelicht.
- (7) Ten eerste geldt dat juist bij de concentraties in de zorg die 'ertoe doen' vanwege de vigerende verlaagde omzetrempels uit de Mededingingswet al sprake is van een meldingsplicht bij ACM. Met andere woorden, in de gevallen die 'ertoe doen' worden de relevante omzetrempels uit de Mededingingswet steeds gehaald.
- (8) Ten tweede geldt dat ACM al gehouden is op basis van de [beleidsregel concentraties van zorgaanbieders](#) rekening te houden met zorgspecifieke elementen wanneer door de concentratie sprake is een gezamenlijk marktaandeel van de betrokken zorgaanbieders op één of meer relevante markten van 35 procent of meer. ACM dient in dat kader bij haar beoordeling ook te kijken naar de transparantie van kwaliteit van zorg, het reisgedrag of de reisbereidheid van cliënten, de mogelijkheid voor toetreding van nieuwe zorgaanbieders en de mate waarin zorginkopers invloed hebben op het keuzegedrag van cliënten. ACM raadpleegt in dat verband onder andere cliëntenraden, zorgverzekeraars, gemeenten etc., alsook de NZa voor het geven van een zienswijze.⁶
- (9) Ten derde ligt het juist bij de concentraties in de zorg die 'ertoe doen' niet voor de hand dat de betrokken ondernemingsraden, cliëntenraden of andere stakeholders geen of onvoldoende gebruik zouden kunnen maken van de bestaande mogelijkheden om zich daarover uit te spreken en in voorkomende gevallen zich ook (juridisch) te verzetten tegen een fusie, overname of andere concentratie. De praktijk wijst ook uit dat hier gebruik van wordt gemaakt.⁷

² BoZ, brief aan de leden van de vaste commissie voor VWS in de Tweede Kamer der Staten-Generaal inzake gesprek met NMa en AO Fusies in de zorgsector, 1 september 2011. Zie ook D.W.L.A. Schrijvershof, ['De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?'](#), Tijdschrift MP 2013, nr. 5, 178-185.

³ D.W.L.A. Schrijvershof, ['De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?'](#), Tijdschrift MP 2013, nr. 5, 178-185.

⁴ D.W.L.A. Schrijvershof, ['Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop'](#), Tijdschrift Zorg & Recht in Praktijk, nr. 6, 22-27.

⁵ Ibid, D.W.L.A. Schrijvershof, ['Zorgspecifieke fusietoets creëert dubbel werk'](#), Het Financieel Dagblad, 6 november 2013.

⁶ D.W.L.A. Schrijvershof, ['De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?'](#), Tijdschrift MP 2013, nr. 5, 178-185.

⁷ Hof Amsterdam 27 februari 2014 (OR Fundis Holding BV/Fundis Holding BV), ECLI:NL:GHAMS:2014:556.



- (10) Ten vierde geldt dat zorginkopers als zorgverzekeraars bij de concentraties die ‘ertoe doen’ een sterke stem hebben in het proces waarbij ACM beoordeelt of de concentratie groen licht krijgt. ACM raadpleegt in de praktijk steevast meerdere zorginkopers, zoals zorgverzekeraars of gemeenten. Ook heeft ACM eerder aangegeven dat wanneer zorginkopers als zorgverzekeraars op goede gronden geen voorstanders zijn van een fusie, dit voor ACM zwaar meeweegt bij de vraag of er groen licht voor een fusie volgt. ACM heeft eerder bewezen fusies in de zorg te kunnen verbieden.⁸ Ook worden plannen voor fusies in de zorg niet uitgevoerd vanwege de dreiging van een verbod van ACM.⁹
- (11) Kortom, er lijkt een stap in de goede richting te worden gezet met de introductie van omzetzempels, maar het is niet de beste oplossing. De zorgspecifieke fusietoets kan beter worden afgeschaft. Dit heeft als positief neveneffect dat ook meteen capaciteit wordt vrijgemaakt bij de NZa (en ACM) die ingezet kan worden waar in de zorg behoefte aan is, zoals het toezicht op de zorginkoop.¹⁰ Dat punt wordt nader toegelicht in hoofdstuk III en IV van deze reactie.

Wel overhevelen zorgspecifieke fusietoets dan integreren in bestaande toetsingskader

- (12) Mocht de wetgever er toch voor kiezen om de zorgspecifieke fusietoets over te hevelen naar ACM, dan is er geen dwingende reden om twee aparte en volgtijdige toetsen te hanteren. Het ligt in dit geval voor de hand te kiezen voor een integratie van de zorgspecifieke fusietoets in het huidige toetsingskader van ACM.
- (13) Voorafgaand aan dit proces van integratie zou kritisch gekeken dienen te worden naar de meerwaarde van de vragen die in dat kader aan de zorgaanbieders worden gesteld.¹¹ Ook dient rekening te worden gehouden met het feit dat ACM op grond van de [beleidsregel concentraties van zorgaanbieders](#) al geacht wordt op verschillende zorgspecifieke elementen te toetsen. Uiteraard dient ook in dit geval dubbel werk bij ACM, de betrokken zorgaanbieders en stakeholders te worden voorkomen.
- (14) Tegelijk zou in het geval dat de toets wordt overgeheveld naar ACM gebruik kunnen worden gemaakt van een positieve ervaring die de fusietoetsing door de NZa heeft opgeleverd. Bij de NZa wordt namelijk, anders dan bij ACM, de melding inclusief bijlagen elektronisch ingediend. Bij ACM bestaat de mogelijkheid tot het elektronisch indienen van een melding nog niet. ACM zou die mogelijkheid, mede gebaseerd op de ervaring van de NZa, ook kunnen bieden.¹²

III. AMM (VRAAG 1 EN 3)

Vraag 1: “Vindt u het wetsvoorstel effectief om de gestelde doelen te bereiken? Indien niet, heeft u suggesties ter verbetering?”

Vraag 3: “Heeft u opmerkingen bij de aanscherpingen ten aanzien van het markttoezicht in de zorg (betreft zowel aanmerkelijke marktmacht als de zorgspecifieke fusietoets)?”

Niet overhevelen AMM-instrument

Voor meer voorbeelden, zie D.W.L.A. Schrijvershof, ‘[Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop](#)’, Tijdschrift Zorg & Recht in Praktijk, nr. 6, 22-27.

⁸ NMa Besluit in zaak 6976, *Zorggroep Noordwest Veluwe/Het Bakken*, 20 december 2011.

⁹ Zie voor een toelichting KPMG Plexus & Van Doorne, *Toepassing van de mededingingswet in de zorg*, juni 2013, paragraaf 4.2.1.

¹⁰ Zie D.W.L.A. Schrijvershof, ‘[Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop](#)’, Tijdschrift Zorg & Recht in Praktijk, nr. 6, 22-27 voor een uitgebreide toelichting.

¹¹ Vergelijk de kritische motie die de Tweede Kamer aannam bij de totstandkoming van de huidige zorgspecifieke fusietoets over toetsing van de meerwaarde van de vragen uit de toets, zie D.W.L.A. Schrijvershof, ‘[De zorgspecifieke fusietoets: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?](#)’, Tijdschrift MP 2013, nr. 5, 178-185.

¹² Maverick Advocaten. ‘[Een beter milieu begint bij jezelf](#)’, 1 september 2013.



- (15) De NZa heeft zoals wordt gesignaleerd in de toelichting bij het wetsvoorstel in de afgelopen jaren het AMM-instrument nauwelijks toegepast. Dat in het wetsvoorstel veel aandacht uitgaat naar de herziening van dit instrument, is dan ook zeer begrijpelijk. De vraag is wel of overheveling naar ACM de gesignaleerde problemen afdoende oplost.
- (16) Er wordt in de toelichting bij het wetsvoorstel en bijbehorende brieven van de minister van VWS verondersteld dat bij ACM de kennis en ervaring in huis heeft in het AMM-instrument effectief in te zetten. Wat hier ook van zij, het is de vraag of met overheveling van het AMM-instrument ook meteen adequaat marktoverzicht is verzekerd.
- (17) Ten eerste neemt de beoogde overheveling niet weg dat ACM zelfstandig kan besluiten om handavingsverzoeken inzake AMM 'weg te prioriteren', zoals ACM dat ook geregeld doet met verzoeken inzake handhaving van het verbod op misbruik machtspositie. Zeker als wordt gekeken naar de huidige staat van dienst van ACM op het gebied van machtsposities is dat een reëel risico.¹³
- (18) Ten tweede ontstaat er, als gevolg van de beoogde overheveling van het AMM-instrument, een ongewenste knip in de bevoegdheden ten aanzien van het markttoezicht op de zorgsector van de NZa (artikel 45 Wmg) en ACM (AMM-instrument). Dit wordt nader toegelicht in hoofdstuk V van deze reactie.
- (19) In plaats van in te zetten op een overheveling van het AMM-instrument naar ACM kan ook worden gekozen voor een andere aanpak. Zo kan op basis van bestaande wettelijke bevoegdheden al worden ingezet op een effectieve benutting van de bestaande capaciteit van de NZa en ACM.
- (20) In haar [beleidsregel AMM](#) geeft de NZa aan de hand van vijf criteria aan na te gaan of de NZa onderzoek moet doen inzake AMM. Heeft de NZa een 'redelijk vermoeden' dat er sprake is van een AMM-positie op de relevante markt? Eén van de criteria luidt: is uitvoering van het onderzoek mogelijk met de beschikbare menskracht en middelen van de NZa?
- (21) De benodigde capaciteit voor de inzet van het AMM-instrument is op verschillende manieren te realiseren. Allereerst is er extra capaciteit intern bij de NZa vrij te maken door het afschaffen van de zorgspecifieke fusietoets. Tegelijk geldt dat, zonder dat er sprake is van enige wetswijziging, de NZa en ACM samen kunnen werken bij dit soort zaken. Dit door gebruik te maken van de mogelijkheid voor samenwerking tussen de NZa en ACM waarin [artikel 18 lid 5 Wmg](#) voorziet.¹⁴

Maar wel aanpassen van het AMM-instrument

- (22) Zorgaanbieders vragen al jaren tevergeefs om effectief optreden tegen inkoopmacht bij de zorginkoop, bijvoorbeeld door middel van het AMM-instrument of een artikel 45 Wmg-regeling. Zo was er een [brandbrief](#) van ziekenhuizen¹⁵, een [brandbrief](#) van ActiZ¹⁶. Ook LHV en InEen stuurden een [brief](#)¹⁷ met vergelijkbare strekking aan de Tweede Kamer. Net als in voorgaande jaren traden zowel de NZa als ACM in het kader van (klachten over) het contracteerproces niet op tegen zorgverzekeraars.¹⁸

¹³ Zie onder andere SEO-rapport, [An international comparison of the abuse-of dominance provision](#), 31 oktober 2011 en SC kent de wet, ['Gebrekkige handhaving maakt van misbruikverbod 'dode letter'](#), 21 april 2015.

¹⁴ Artikel 18 lid 5 Wmg luidt: "Van hetgeen bepaald is in het derde lid kan worden afgeweken indien de zorgautoriteit en de Autoriteit Consument en Markt in gezamenlijk overleg tot het oordeel komen dat een aangelegenheid op basis van effectiviteit van het wettelijke instrumentarium of uit efficiëntie of andere overwegingen beter door de Autoriteit Consument en Markt of door de Autoriteit Consument en Markt en de zorgautoriteit gezamenlijk kan worden behandeld."

¹⁵ B. Kiers (Skipr), 'Ziekenhuizen sturen brandbrief over zorginkoop', 24 september 2013.

¹⁶ Brief van ActiZ aan staatssecretaris Van Rijn, 17 juli 2014.

¹⁷ 'LHV en InEen uiten zorgen over afgesproken ambities in akkoord eerste lijn', 12 november 2014.

¹⁸ Maverick Advocaten, ['Inkoopmacht in de zorg: hoe daarmee om te gaan?'](#), 29 januari 2015.



- (23) Er wordt in het wetsvoorstel voorzien in aanpassing van het AMM-instrument, waaronder maatregelen om het AMM-instrument eenvoudiger toepasbaar te maken. Dat is zeker een stap in de goede richting. Opvallend is wel dat de voorgestelde wijzigingen op het gebied van AMM-maatregelen slechts gericht zijn op zorgaanbieders. Met andere woorden, er wordt in het huidige wetsvoorstel gekozen om *geen* nieuwe AMM-maatregelen te introduceren die specifiek zien op zorgverzekeraars.
- (24) Bij deze afweging moet het volgende worden aangetekend. Ten eerste geldt dat de vigerende AMM-maatregelen (vervat in artikel 48 Wmg) voor het merendeel uitsluitend of vooral zijn op te leggen aan zorgaanbieders en *niet* aan zorgverzekeraars. Door introductie van AMM-maatregelen die wel aan de zorgaanbieders, maar *niet* aan de zorgverzekeraars kunnen worden opgelegd, wordt deze bestaande wanverhouding vergoot. Ten tweede geldt dat de wetgever de mogelijkheid onbenut laat om de toezichthouder uit te rusten met AMM-maatregelen om effectief in te kunnen grijpen ten aanzien van zorgverzekeraars op grond van het AMM-instrument. Dat terwijl daar gezien de andere reacties op deze Consultatie wel behoefte aan bestaat.
- (25) Tegen deze achtergrond stellen wij dan ook voor niet slechts te onderzoeken om het AMM-instrument eenvoudiger toepasbaar te maken, maar ook de geschetste wanverhouding te adresseren. Wij zouden in dat kader willen voorstellen te voorzien in nieuwe AMM-maatregelen waarmee toezicht is te houden op zorgverzekeraars. Het gaat daarbij onder andere om de introductie van AMM-maatregelen waarmee zorgverzekeraars kunnen worden verplicht tijdig een objectief, transparant, non-discriminair en verifieerbaar inkoopbeleid te hanteren.

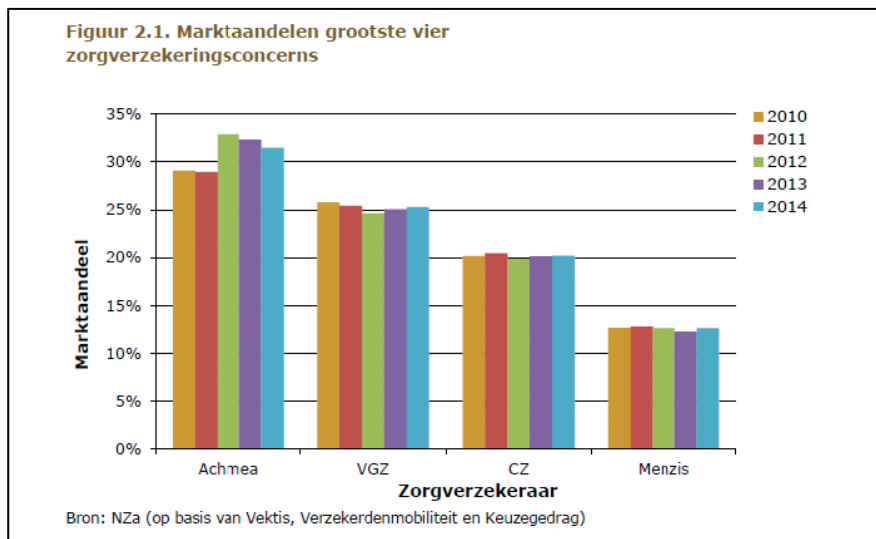
IV. BEVORDERING VAN CONTRACTERING EN ARTIKEL 45 WMG (VRAAG 1 EN 5)

Vraag 1: *“Vindt u het wetsvoorstel effectief om de gestelde doelen te bereiken? Indien niet, heeft u suggesties ter verbetering?”*

Vraag 5: *“Heeft u opmerkingen bij de grondslag in het wetsvoorstel om het macrobeheersinstrument zodanig toe te passen dat contractering wordt bevorderd met het oog op kwaliteit en toegankelijkheid?”*

- (26) De wetgever wenst zorgaanbieders te prikkelen om te zoveel mogelijk te (blijven) contracteren met zorgverzekeraars. Wat ook zij van een streven om ‘oncontracteerd’ werken te ontmoedigen of tegen te gaan, feit is dat hiermee van overheidswege invloed wordt uitgeoefend op de vrijheid van zorgaanbieders om niet te contracteren met één of meerdere zorgverzekeraar. Bij de inperking van deze vrijheid dient ook rekening te worden gehouden met de aard en dynamiek van de markt waarop de zorgverzekeraars actief zijn en de publiekrechtelijke bescherming die de zorgaanbieders daarbij genieten. Dit wordt hierna kort toegelicht.
- (27) Vier grote zorgverzekeraars hebben samen ongeveer negentig procent van de markt in handen.¹⁹ De marktaandelen voor ieder van de vier grote zorgverzekeraars over de laatste vijf jaar zijn in onderstaande tabel van de NZa schematisch weergegeven.

¹⁹ [NZa Marktscan en beleidsbrief](#) van de Zorgverzekeringmarkt 2014, p. 15 e.v.



(28) Uit onderstaande tabel volgt dat er de afgelopen jaren ook weinig wordt overgestapt door de klanten van de zorgverzekeraars. Zo is in 2014 slechts 6,9% van de verzekerden ingestroomd bij een andere zorgverzekeraar, terwijl 93% als een blijver moet worden gekwalificeerd.²⁰

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---------------------------------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Aantal verzekerden instroom (in mln.) | 0,7 | 0,9 | 1,0 | 1,4 | 1,2 |
| Totaal blijvers (in mln.) | 15,8 | 15,7 | 15,7 | 15,3 | 15,6 |
| Tot aantal verzekerden (in mln.) | 16,5 | 16,6 | 16,7 | 16,7 | 16,8 |
| Instroom % | 4,3% | 5,5% | 6,0% | 8,3% | 6,9% |
| Blijvers % | 95,7% | 94,5% | 94,0% | 91,7% | 93,1% |

Bron: NZa op basis Vektis uitvraag Verzekerdenmobiliteit en Keuzegedrag (2010-2013) en VECOZO Aanlevering Verzekerden Gegevens (2014)

(29) De Europese Commissie, ACM en ook de NZa hanteren als maatstaf om de concentratiegraad tot uitdrukking te brengen de Herfindahl–Hirschman Index (“**HHI**”).²¹ Hoe hoger deze index is, hoe hoger de concentratiegraad. Bij een HHI van 2.000 of hoger wordt gesproken van een geconcentreerde markt.²² In Nederland is er met uitzondering van de provincie Zuid-Holland sprake van een hoge HHI op de markt waarop de zorgverzekeraar actief zijn. In bepaalde delen van Nederland is deze HHI zelfs zeer hoog, zoals in Friesland. Dit wordt geïllustreerd in de onderstaande tabel.

| Overzicht Herfindahl-Hirschmann Index²³ | |
|---|--------------------|
| Provincie | HHI in 2014 |
| Drenthe | 3.539 |
| Flevoland | 3.555 |
| Friesland | 6.028 |

²⁰ NZa Marktscan en beleidsbrief van de Zorgverzekeringsmarkt 2014, p. 55 e.v.

²¹ De hoogte van deze index wordt bepaald door de marktaandelen van alle concerns te kwadrateren en bij elkaar op te tellen.

²² NZa Marktscan en beleidsbrief van de Zorgverzekeringsmarkt 2014, p.18.

²³ NZa op basis Vektis uitvraag Verzekerdenmobiliteit en Keuzegedrag (2010-2013) en Aanlevering Verzekerden Gegevens (2014).



| | |
|---------------|-------|
| Gelderland | 2.318 |
| Groningen | 3.486 |
| Limburg | 3.456 |
| Noord-Brabant | 3.191 |
| Noord-Holland | 2.973 |
| Overijssel | 2.558 |
| Utrecht | 2.808 |
| Zeeland | 3.949 |
| Zuid-Holland | 1.878 |
| Nederland | 2.240 |

- (30) Er is geen reden om aan te nemen dat het beeld in bovenstaande tabel in de nabije toekomst wezenlijk anders wordt. Toetreding blijkt in de praktijk een uitermate lastige aangelegenheid. Zo heeft ANNO12 meerdere jaren getracht om toe te treden tot de markt, maar ANNO12 moest in het eerste kwartaal van 2015 de handdoek in de ring gooien.²⁴
- (31) Onder andere in de literatuur is kritiek geuit over de mate waarin de NZa en ACM werk maken van het voorkomen van en ingrijpen bij (collectieve) marktmacht van zorgverzekeraars.²⁵ Of en in welke mate die kritiek hout snijdt, gaat de opzet van deze reactie te buiten. Feit is dat er sprake is van een geconcentreerde markt en dat zorgverzekeraars ieder in hun kernwerkgebieden een zeer sterke positie als het op zorginkoop aankomt. Bovendien zetten zij in toenemende mate in op selectieve contractering.
- (32) Inkoopmacht van zorgverzekeraars kan consumenten ten goede komen, maar dan dient wel aan verschillende condities te worden voldaan. Het goed functioneren van de markt is cruciaal om te verzekeren dat de voordelen die zorgverzekeraars behalen bij de (selectieve) zorginkoop ook in voldoende mate worden doorgegeven aan de consumenten. Een punt dat daarbij een rol speelt is dat overstappen van de ene naar de andere zorgverzekeraar nog steeds niet van harte lijkt te gaan. Dit is althans de conclusie die volgt uit het [consumentenonderzoek](#) dat ACM verrichtte naar overstapdrempels op de zorgverzekeringsmarkt. ACM en de NZa hebben in dat kader eind 2014 gezamenlijk [campagne](#) gevoerd om alle verplicht verzekerden in Nederland aan te zetten om over te stappen naar een andere zorgverzekeraar. De eerste cijfers laten zien dat ook dit er niet toe heeft geleid dat de regionale machtsposities van zorgverzekeraars zijn verdwenen.²⁶
- (33) Men beoogt met het macrobeheersinstrument te sturen op kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg. Afgaande op klachten van zorgaanbieders geldt dat bij aanvang op papier de zorginkoop weliswaar meer en meer plaats heeft op basis van prijs en kwaliteit, maar er vervolgens in de praktijk geregeld sprake is van inkoop op grond van prijs en niet of onvoldoende ook op basis van kwaliteit. Dit punt en ook andere knelpunten bij de zorginkoop kunnen door middel van effectief markttoezicht worden geadresseerd. De NZa heeft in dat kader op grond van de Wmg niet alleen de beschikking over het AMM-instrument, maar ook over het artikel 45 Wmg-instrument.
- (34) De NZa kan door middel van artikel 45 Wmg knelpunten bij de zorginkoop, waarover bijvoorbeeld geregeld door zorgaanbieders in de eerstelijns wordt geklaagd, aanpakken. De inzet van artikel 45 Wmg biedt de NZa de mogelijkheid met het oog op het bevorderen van concurrentie regels te stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten. Die regels zijn, anders dan de vigerende Good Contracting Practices van de NZa, wel afdwingbaar door de NZa.

²⁴ Zie de [berichten](#) van ANNO12.

²⁵ M.Ph.M. Wiggers, De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector. Een toetsing aan het Europees mededingingsrecht, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 379.

²⁶ Vektis, [Zorgthermometer 'Verzekerden in beeld'](#). Jaargang 20, april 2015.



- (35) Waar in het wetsvoorstel wordt ingezet op de overheveling van het AMM-instrument van de NZa naar ACM geldt dat in dit voorstel niet wordt ingegaan op een overheveling van de bevoegdheid vervat in artikel 45 Wmg naar ACM. Dat terwijl de NZa, nog minder dan bij het AMM-instrument, gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid om door middel van artikel 45 regels te stellen. Een van de drijfveren voor de beoogde overheveling van het AMM-instrument naar ACM is, aldus de toelichting bij het wetsvoorstel, de spaarzame inzet daarvan door de NZa.
- (36) De inzet van het artikel 45 Wmg-instrument kan mogelijk maken om tijdens het proces (en niet achteraf) na te gaan of zorgverzekeraars en zorgaanbieders zich aan de regels houden die in dat kader bij de zorginkoop worden gehanteerd.²⁷ De NZa zou bijvoorbeeld door middel van een steekproef kunnen nagaan of zorgverzekeraars de (door hun zelf) gestelde eisen bij het contracteerproces naleven. Hierbij is onder andere te denken aan de mate waarin daadwerkelijk ingekocht wordt op basis van eerder gestelde criteria aangaande prijs én kwaliteit, maar ook of eerder aangekondigde termijnen worden nageleefd.
- (37) Bij de inzet van een artikel 45 Wmg-regeling kan de NZa ook zelf, dus zonder dat er sprake is van klachten van zorgaanbieders (of zorgverzekeraars), nagaan of de regeling wordt nageleefd. Door de inzet van artikel 45 Wmg kan de NZa zodoende direct een impuls geven aan een verbetering van het proces de zorginkoop. Alleen al van de mogelijkheid van het houden van steekproef tijdens het contracteerproces door de NZa zou een werking uit kunnen gaan die een verbetering van het contracteerproces teweeg kan brengen.
- (38) De (tijdelijke) inzet van een artikel 45 Wmg regeling voor het contracteerproces in (bepaalde delen van) de zorgsector is niet alleen in het belang van de zorgaanbieder, maar vooral de consument. Wanneer zorgverzekeraars *vis-à-vis* hun klanten stellen zorg in te kopen op basis van prijs én bepaalde kwaliteit, maar daar om wat voor reden dan ook niet in slagen is dat onwenselijk. Zo vervullen zij niet de rol die zij in het zorgstelsel dienen te vervullen en die mede een legitimatie vormt voor hun sterke inkooppositie. De inzet van een artikel 45 Wmg-regeling kan hierbij uitkomst bieden.
- (39) Bovendien dient er rekening mee te worden gehouden dat ook bij overheveling van het AMM-instrument naar ACM behoefte kan zijn aan de inzet van een artikel 45 Wmg regeling. Zo blijft ook in dat geval het risico bestaan dat een zorgaanbieder er niet voor kiest om bij ACM een klacht in te dienen tegen de zorgverzekeraar(s), omdat dit de hand is die de aanbieder voedt.
- (40) Bij het streven om 'oncontracteerd' werken te ontmoedigen of tegen te gaan, hoort ook dat de zorgaanbieders er op mogen vertrouwen dat het publiekrechtelijke toezicht op het contracteerproces voldoende effectief is. Dergelijk toezicht is met behulp van inzet van artikel 45 Wmg te faciliteren. Volgens het huidige wetsvoorstel blijft de bevoegdheid om artikel 45 Wmg toe te passen achter bij de NZa, terwijl de AMM-bevoegdheid wordt overgeheveld naar ACM.
- (41) Het is niet duidelijk waarom er in het wetsvoorstel wel wordt voorzien in een overheveling van het AMM-instrument van de NZa naar de ACM, maar niet in een overheveling van de bevoegdheid om artikel 45 Wmg toe te passen. Hierbij geldt dat de toezichthouder die ervaring opdoet met de inzet van het instrument van artikel 45 Wmg bij het contracteerproces ook de toezichthouder is die kennis en expertise verwerft die van pas komt bij een toepassing van het AMM-instrument bij het contracteerproces.
- (42) Er wordt zodoende met het wetsvoorstel een knip gemaakt in de bevoegdheden waarmee markttoezicht op het contracteerproces in de zorg is uit te oefenen. De NZa behoudt de artikel 45 Wmg-bevoegdheid en ACM verwerft de AMM-bevoegdheid. Wij raden aan deze knip te heroverwegen mede gezien de daarbij behorende spreiding van kennis, expertise en ervaring.

²⁷ Maverick Advocaten, ['Inkoopmacht in de zorg: hoe daarmee om te gaan?'](#), 29 januari 2015.



Zoals is toegelicht in hoofdstuk III van deze reactie is er een alternatief voor overheveling van het AMM-instrument. Tegelijk geldt dat voor de NZa de mogelijkheid bestaat om zonder dat daarvoor sprake is van een wetswijziging, door middel van een artikel 45 Wmg effectief toezicht op de zorginkoop te organiseren.

V. VRAAG 6: OVERIGE OPMERKINGEN

- (43) Zolang het wetsvoorstel nog geen wet is, kan er een ontmoedigend effect van dit wetsvoorstel uitgaan om naar de NZa te stappen in het geval van (dreigend) misbruik machtspositie in de zorg. Bij zorgaanbieders kunnen, kort gezegd, vragen leven zoals: waarom nu nog een beroep doen op het AMM-instrument van de NZa dat volgens het ministerie van VWS als het ware een 'dode letter' is?²⁸ En hoe bereid is de NZa nog om haar AMM-instrument in te zetten, nu zij weet dat als het aan het ministerie van VWS ligt dit instrument waarschijnlijk op termijn verliest?
- (44) Dit is uiteraard een risico dat op adequate wijze dient te worden geadresseerd. Temeer nu de praktijk uitwijst dat er ook ten behoeve van de huidige contracteerproces behoefte is aan effectief markttoezicht (getuige onder andere de andere reacties op de Consultatie). Daarvoor zijn ten minste de volgende twee oplossingen beschikbaar.
- (45) Het risico op een ontmoedigend effect om een handhavingsverzoek in te dienen bij de NZa is te beperken door expliciet kenbaar te maken dat de NZa en ACM maximaal gebruik maken van de toepassing van [artikel 18 lid 5 Wmg](#) en zij op grond daarvan samen optrekken om effectief markttoezicht te verzekeren. Om dit expliciet te maken zou bijvoorbeeld het [samenwerkingsprotocol](#) tussen de NZa en ACM in die zin kunnen worden verhelderd.
- (46) De NZa kan daarnaast, als toegelicht in hoofdstuk IV van deze reactie, met de introductie van een artikel 45 Wmg-regeling zorgen dat er (tijdelijk) afdwingbare regels gelden ten aanzien van het contracteerproces voor (bepaalde delen van) de zorg. Dit is te faciliteren zonder dat daarvoor een wetswijziging nodig is.
- (47) Uiteraard zijn wij graag bereid nadere toelichting op onze reactie op de Consultatie te verschaffen.

* * *

²⁸ Het uitvoeren van de vereiste analyses is technisch en juridisch een complexe aangelegenheid en vraagt veel capaciteit van de uitvoering. "Wet herpositionering taken NZa en deregulering ontwerp memorie van toelichting, p. 19.