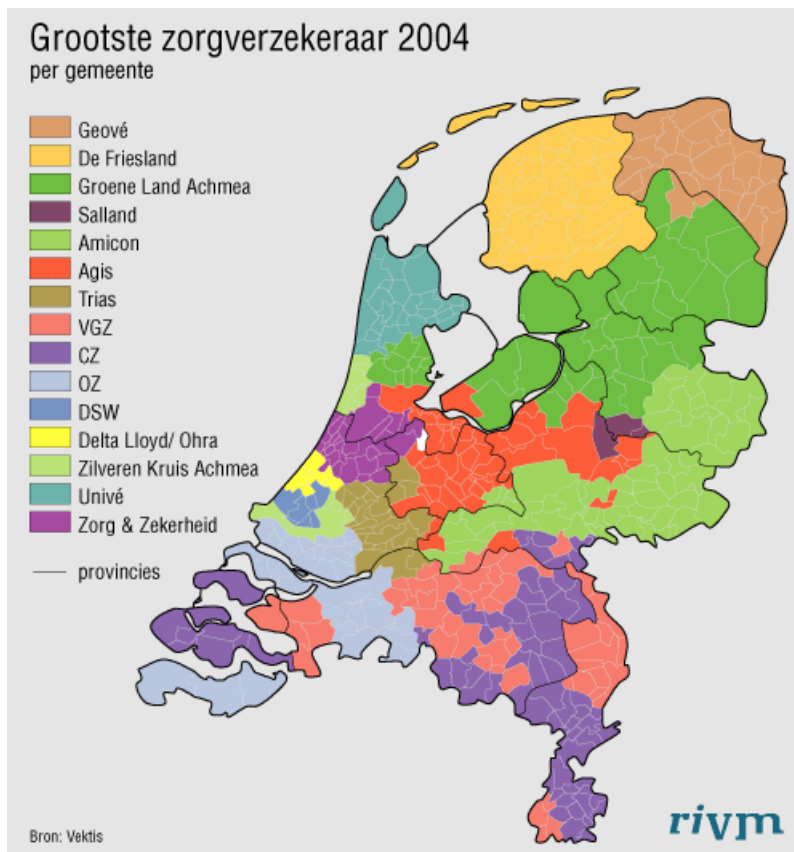


De invloed van de Mededingingswet op de inkoop van ziekenhuiszorg

Is het vragen om een “laagste prijs garantie” door een zorgverzekeraar met een economische machtspositie in strijd met de Mededingingswet?



Afstudeerscriptie 2005-2006

Saskia Faber (265993)

Erasmus Universiteit Rotterdam

Instituut Beleid en Management Gezondheidszorg

Begeleider

Mr. dr. M.A.J.M. Buijsen

Meelezer

Dr. ir. J.J. Zuurbier

Voorwoord

De scriptie die voor u ligt heb ik geschreven ter afsluiting van de Master Zorgmanagement, volgend op de Bachelor Beleid en Management Gezondheidszorg aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam. Het is een onderzoek naar de Mededingingswet, en de invloed van deze wet op de inkoop van ziekenhuiszorg door de zorgverzekeraars. Dit onderwerp heeft mijn interesse omdat ik zelf werkzaam ben in de zorgverzekeringssector.

Bij het tot stand komen van deze scriptie ben ik bijgestaan door veel verschillende mensen, zowel op inhoudelijk vlak als op het gebied van motivatie. Ik wil graag mijn begeleider, de heer Buijsen, bedanken voor zijn adviezen tijdens het schrijfproces. Ook de mensen die ik heb mogen interviewen bedank ik voor hun inhoudelijke bijdrage. Verder zijn er heel veel mensen die mij steeds weer hebben gemotiveerd om door te gaan wanneer ik het even niet meer zag zitten: Jado, Maaïke, Annemarie, Willemijn, Rien en Thea, Iris, de mensen op werk. Allemaal bedankt voor de steun. Ik ben blij dat Erwin kritisch heeft gekeken naar mijn tekst, dat Nico elke dag het eten klaar had staan en dat Jennifer, Tessa en Manon de Engelse samenvatting hebben gecontroleerd. Tenslotte wilde mijn moeder zelfs trouwen om mij op deze manier een dag extra vrij te geven, maar dat was niet nodig omdat ik van Marielle erg veel tijd heb gekregen om op de universiteit te werken. Heel erg bedankt allemaal (ook de eventuele vergeten personen)!

Saskia Faber

Juni 2006

Samenvatting

In dit onderzoek is gekeken naar de invloed van de Mededingingswet op de onderhandelingen tussen zorgverzekeraars en ziekenhuizen bij de inkoop van het B-segment. Er staat een casus centraal waarin een zorgverzekeraar een laagste prijs garantie wil vragen aan een ziekenhuis in de regio van deze verzekeraar. Deze laagste prijs garantie houdt in dat geen enkele andere verzekeraar de zorg tegen een lagere of dezelfde prijs mag inkopen. De vraagstelling luidt of het vragen om de laagste prijs garantie is toegestaan volgens de mededingingswetgeving.

Om de vraagstelling te beantwoorden moet eerst worden vastgesteld of een zorgverzekeraar een onderneming in de zin van de Mededingingswet is. Een entiteit is een onderneming als de uitgevoerde activiteiten economisch van aard zijn, en niet sociaal. Hiervoor worden zes criteria toegepast op de Nederlandse zorgverzekeraars, waaruit blijkt dat dit ondernemingen zijn.

Vervolgens moet de relevante markt worden afgebakend. Deze markt kan worden verdeeld in een relevante productmarkt en een relevante geografische markt, welke beide weer worden onderverdeeld in een markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen en een markt voor de inkoop van zorg. De markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen bestaat uit de markt voor zorgverzekeringen, en is vaak regionaal. Dit kan echter per zorgverzekeraar verschillen. De markt voor de zorginkoop bestaat uit de DBC's in het B-segment en is meestal gelijk aan de geografische markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen.

Wanneer de relevante markt is afgebakend kan worden bepaald of de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft ten opzichte van het ziekenhuis. Hierbij wordt gekeken naar marktaandeelen, uitwijkmogelijkheden van de leveranciers en het bestaan van een mogelijke tegenmacht aan de verkoopzijde. De zorgverzekeraar heeft meestal een groot marktaandeel in haar oude kernwerkgebied, waardoor er een economische machtspositie ontstaat. Dit wordt nog waarschijnlijker naarmate er meer ziekenhuizen in de regio gevestigd zijn, omdat de verzekeraar dan voldoende uitwijkmogelijkheden heeft. Het ziekenhuis heeft deze uitwijkmogelijkheden meestal niet, maar kan wel tegenmacht bieden aan de zorgverzekeraar doordat verzekerden en patiënten eerder kiezen voor een andere zorgverzekeraar dan voor een ander ziekenhuis.

Als vastgesteld is dat de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft ten opzichte van het ziekenhuis moet worden bepaald of het vragen om een laagste prijs garantie misbruik van deze machtspositie is. Misbruik kan ontstaan wanneer een onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend oplegt aan leveranciers, in de vorm van uitbuiting of uitsluiting. Het afdwingen van exclusieve contracten is een vorm van misbruik. Het vragen van een laagste prijs garantie kan worden beschouwd als een exclusief contract, omdat (potentiële) concurrenten altijd meer moeten betalen voor dezelfde producten of diensten. Hierdoor wordt eerlijke concurrentie aan de inkoopzijde tegengehouden. Het vragen om een laagste prijs garantie leidt dus tot uitsluiting van andere verzekeraars van de markt voor de inkoop van zorg, en daarmee van de verzekeringsmarkt. Zij kunnen immers minder prijsvoordelen doorberekenen aan hun cliënten. Het vragen van een laagste prijs garantie door een zorgverzekeraar met een economische machtspositie kan worden beschouwd als misbruik van een economische machtspositie in de zin van de Mededingingswet.

Management Summary

In this juridical thesis, research is done about the influence of the Dutch competition law on the negotiations between health insurers and hospitals in purchasing health care, concerning the so called B-segment. A case in which a health insurer wants to require a hospital in the region of this insurer to offer a lowest price guarantee is at issue. This lowest price guarantee implies that absolutely no other insurer can buy the services and products for a lower or the same price. The question is if asking for the lowest price guarantee has been permitted according to the competition law.

The first step is to determine whether the executing entities of the Health Insurance Act (the health insurers) are undertakings in the sense of the Dutch competition law. An entity is an undertaking if the activities performed are economic, and not social. The Dutch health insurers are determined as undertakings by applying six criteria.

The second step is to delimit the relevant market. This market can be divided in a relevant product market and a relevant geographic market, which both can be subdivided in a market for (offering) health insurances and a market for purchasing health care. The market for (offering) health insurances exists from the market for health insurances, and is generally regional. The market for purchasing health care exists from the Diagnosis Treatment Combinations in the B-segment, and is generally equal to the geographic market for offering health insurances.

As soon as the relevant market is delimited, it is possible to stipulate whether the health insurer has an economic dominant position in relation to the hospital. Important therefore are market shares, alternative arrangements for suppliers and a possible countervailing power on the sale side. In her original core region the health insurer generally has a large market share, which creates a dominant economic position. This position is even stronger when there are more hospitals in the region, because of the possible alternative arrangements for the health insurer. The hospital generally does not have possibilities for alternative arrangements, but may have countervailing power because patients would be more inclined to choose a different health insurer over a different hospital.

When the health insurer has an economic dominant position in relation to the hospital it must be stipulated whether asking for the lowest price guarantee can be seen as an abuse of this position. Abuse can arise when an undertaking with an economic dominant position imposes certain conditions in a binding way on suppliers, in the shape of exploitation or exclusion. Enforcing exclusive contracts can be seen as abuse. Asking for the lowest price guarantee can be seen as an exclusive contract, because (potential) competitors always have to pay higher prices for the same products or services. Fair competition will be eliminated in that way. Asking for the lowest price guarantee leads to exclusion of other insurers from the market for purchasing health care, and as a result also to exclusion from the market for (offering) health insurances. Asking for the lowest price guarantee by a health insurer with an economic dominant position can be seen as abuse of that economic dominant position in the sense of the Dutch competition law.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Samenvatting	3
Management Summary	4
Inhoudsopgave	5
1. Inleiding	7
1.1 Achtergrond	7
1.2 Mededinging	8
1.3 Casus	8
1.4 Laagste prijs garantie	8
1.5 Relevantie van het onderzoek	10
1.6 Doelstelling	10
1.7 Probleemstelling en deelvragen	10
1.8 Methodologische verantwoording	12
1.9 Leeswijzer	12
2. Wet- en regelgeving	14
2.1 Het internationale recht	14
2.2 Het Europese Mededingingsrecht	14
2.3 Doorwerking van het EG-verdrag in het nationale recht	15
2.4 De Mededingingswet	15
2.4.1 Kartelverbod	16
2.4.2 Verbod op misbruik van economische machtspositie	16
2.4.3 Concentratietoezicht	17
2.4.4 Handhaving van de wet	17
2.5 Conclusie	18
3. Het begrip onderneming	19
3.1 Definitie onderneming	19
3.2 Sociale versus economische activiteiten	20
3.3 Criteria	20
3.3.1 De pijlers van het stelsel	21
3.3.2 Het verplichte karakter	21
3.3.3 Solidariteit	22
3.3.4 De vaststelling van de premies	22
3.3.5 Het principe van kapitalisatie	23
3.3.6 De concurrentie tussen verschillende zorgverzekeraars	23
3.4 De Nederlandse zorgverzekeraars	23
3.5 Conclusie	24
4. De relevante markt	26
4.1 De rol van de zorgverzekeraar	26
4.2 Regionaal mechanisme	27
4.3 De relevante markt	27

4.4 De relevante productmarkt	28
4.5 De relevante productmarkt met betrekking tot zorgverzekeringen	29
4.5.1 Literatuur	29
4.5.2 Jurisprudentie	29
4.5.3 Interviews	30
4.5.4 Tussenconclusie	30
4.6 De relevante productmarkt met betrekking tot de zorginkoop	30
4.6.1 Literatuur	30
4.6.2 Jurisprudentie	31
4.6.4 Interviews	31
4.6.4 Tussenconclusie	32
4.7 De relevante geografische markt	32
4.8 De relevante geografische markt met betrekking tot zorgverzekeringen	33
4.8.1 Literatuur	33
4.8.2 Jurisprudentie	33
4.8.3 Interviews	34
4.8.4 Tussenconclusie	34
4.9 De relevante geografische markt met betrekking tot de zorginkoop	34
4.9.1 Literatuur	34
4.9.2 Jurisprudentie	35
4.9.3 Interviews	35
4.9.4 Tussenconclusie	36
4.10 Conclusie	37
5. De economische machtspositie	38
5.1 Machtspositie	38
5.2 De economische machtspositie in de jurisprudentie	39
5.3 De economische machtspositie in de interviews	40
5.4 Conclusie	42
6. Misbruik van een economische machtspositie	43
6.1 Misbruik economische machtspositie	43
6.2 Misbruik in de jurisprudentie	44
6.3 Misbruik in de interviews	45
6.4 Conclusie	47
7. Conclusie	48
7.1 Is een zorgverzekeraar een onderneming?	48
7.2 De relevante markt	48
7.3 De economische machtspositie	49
7.4 Misbruik van economische machtspositie	50
7.5 Slotbeschouwing	51
8. Discussie	53
Literatuur	54
Jurisprudentie	57

1. Inleiding

1.1 Achtergrond

In 1992 heeft er in de Nederlandse zorg een stelselwijziging van de Ziekenfondswet plaatsgevonden met als doel een vergroting van de marktwerking. Met deze wijziging is onder andere de contracteerplicht voor ziekenfondsen afgeschaft, en zijn er voor een aantal beroepsbeoefenaren maximumtarieven ingevoerd, in plaats van de bestaande vaste tarieven. Het doel hiervan was het bevorderen van de kwaliteit en doelmatigheid van de diensten. Tegelijkertijd werd ook meer concurrentie mogelijk in de zorg.¹

De overheid wil de komende jaren geleidelijk meer gereguleerde marktwerking invoeren in de ziekenhuiszorg. Hiervoor is in februari 2005 gestart met de invoering van vrije prijzen in een deel van de ziekenhuiszorg, het B-segment. Dit segment bevat de diagnose en behandeling van veel voorkomende aandoeningen, bijvoorbeeld staar, spataderen, cataract en varices.² Voor de ziekenhuiszorg die is ondergebracht in dit B-segment kunnen zorgverzekeraars vrij onderhandelen met de ziekenhuizen over de prijs, kwaliteit en hoeveelheid.³

Voor het A-segment verloopt de prijsstelling heel anders. Het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG) stelt voor ziekenhuizen die zorg aanbieden uit het A-segment een budget vast. Dit budget bestaat uit verschillende componenten. De vaste budgetparameters worden centraal vastgesteld en de semi-vaste en variabele budgetparameters worden collectief overeengekomen in het lokaal overleg. De deelnemers bij dit overleg zijn het betreffende ziekenhuis, de dominante zorgverzekeraar en de regiovertegenwoordiger van de andere zorgverzekeraars. Naast deze budgetparameters worden er in dit overleg ook afspraken gemaakt over onder andere dure geneesmiddelen, beschikbaarheidstoelage, opleidingen en zorgvernieuwing of lokale productiegebonden toeslag. Het onderhandelingsresultaat wordt door het CTG-Zaio getoetst aan de geldende beleidsregels. Hierna wordt het ziekenhuisbudget vastgesteld.⁴

Met de invoering van de Zorgverzekeringswet op 1 januari 2006 zijn de contracteerplicht voor zorgverzekeraars en de omgekeerde contracteerplicht (voor aanbieders) vervallen. Dit is nieuw in het A-segment van de ziekenhuiszorg, maar geldt al langer voor het B-segment van de ziekenhuiszorg, de zelfstandige behandelcentra (ZBC's) en de vrijgevestigd medisch specialisten in een extramurale praktijk.⁵

Zorgverzekeraars en ziekenhuizen moeten over de ziekenhuiszorg in het B-segment met elkaar onderhandelen, omdat de prijzen hierin niet zijn vastgesteld en de contracteerplicht ontbreekt. Hierbij zou dus ook concurrentie mogelijk moeten zijn, zowel tussen zorgverzekeraars als tussen ziekenhuizen. Maar zijn er in de praktijk wel mogelijkheden voor concurrentie? De zorg is immers schaars en in de Zorgverzekeringswet is bepaald dat zorgverzekeraars een zorgplicht hebben.⁶

¹ NMa 2002.

² CTG-Zaio 2005b.

³ Interview Zorgverzekeraar 2006.

⁴ CTG-Zaio 2005a.

⁵ CTG-Zaio 2005a.

⁶ Artikel 11 lid 1 Zvw

De onderhandelingen krijgen een nog ingewikkelder karakter als de betreffende zorgverzekeraar een machtspositie heeft in de regio.

1.2 Mededinging

Concurrentie (ofwel mededinging) bevordert de dynamiek van de economie. Afspraken of gedragingen die de concurrentie beperken, verstoren deze dynamiek.⁷ Op het moment dat concurrentie in de zorgsector mogelijk is, is ook de Mededingingswet (Mw) van toepassing, en zijn de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Zorgautoriteit in oprichting (ZAio) voor de naleving daarvan in de zorgsector verantwoordelijk. Hierbij wordt de bestaande regelgeving als uitgangspunt genomen.⁸

Op 1 januari 1998 is de Mededingingswet in werking getreden. Sinds deze inwerkingtreding zijn afspraken en gedragingen die de concurrentie beperken niet langer toegestaan, evenmin als misbruik van een economische machtspositie. Verder worden concentraties van bedrijven (fusies, overnames en bepaalde *joint ventures*) met een gezamenlijke omzet boven een bepaalde grens getoetst.⁹

1.3 Casus

In dit onderzoek staat een regionale zorgverzekeraar met circa 400.000 verzekerden centraal (Zorgverzekeraar X). In het werkgebied van deze zorgverzekeraar zijn vijf ziekenhuizen gevestigd. De ziekenhuiszorg in het B-segment wordt door de zorginkopers ingekocht bij de ziekenhuizen in het werkgebied, maar ook hierbuiten, zodat een landelijke dekking wordt gegarandeerd.

In het jaar 2005 kregen de zorginkopers van Zorgverzekeraar X te horen dat door een grote landelijk werkende zorgverzekeraar (Zorgverzekeraar Y) een goede prijs was bedongen voor de zorg uit het B-segment in één van de vijf ziekenhuizen (Ziekenhuis Z) in het werkgebied van Zorgverzekeraar X. Omdat Zorgverzekeraar X graag de laagste prijzen wil bieden aan haar verzekerden, hebben de zorginkopers aan het betreffende ziekenhuis gevraagd om een “laagste prijs garantie”. Dit zou betekenen dat geen enkele andere zorgverzekeraar tegen dezelfde of tegen een lagere prijs zorg in kan kopen bij Ziekenhuis Z. Het ziekenhuis wilde hier niet aan meewerken, omdat zij van mening was dat dit niet is toegestaan in verband met de Mededingingswet. Zorgverzekeraar X is immers de grootste zorgverzekeraar in de regio, en zou door het vragen van een laagste prijs garantie misbruik maken van haar economische machtspositie.

1.4 Laagste prijs garantie

“Laagste prijs garantie” is een term die in de wereld van de reclame en marketing veel voorkomt. Vaak concurreren winkels met slagzinnen als “Wij garanderen absoluut de laagste prijzen” en “Ergens anders goedkoper? Wij betalen u het verschil terug”. Deze vorm van het geven van een laagste prijs garantie is echter voor iedereen toegankelijk. Iedereen kan in de betreffende winkel

⁷ NMa 2003.

⁸ NMa 2002.

⁹ NMa 2003.

de artikelen kopen waar een laagste prijs garantie op wordt gegeven, en iedereen zal het verschil terug betaald krijgen als hij of zij in een andere winkel hetzelfde product voor een lagere prijs aantreft.

Dit is anders in de casus in dit onderzoek. Zoals beschreven wil Zorgverzekeraar X als enige zorgverzekeraar in Nederland de zorg in Ziekenhuis Z inkopen tegen de laagste prijzen, en hiermee de andere kopers (lees: andere zorgverzekeraars) uitsluiten van deze laagste prijs. Deze vorm van laagste prijs garantie is in Nederland uniek, omdat dit op andere terreinen van de economie niet is geoorloofd. Zelfs wanneer een bedrijf of organisatie bijvoorbeeld alleen aan haar leden een korting op bepaalde producten aanbiedt, is het voor anderen uit de samenleving ook mogelijk om lid te worden en op deze manier te profiteren van de korting. En in die gevallen waarbij het niet voor een ieder mogelijk is om lid te worden van het betreffende bedrijf, zijn hier transparante criteria voor.¹⁰

In de Verenigde Staten zijn wel voorbeelden te vinden van laagste prijs garanties, oftewel "*most favored nation clauses*". Een voorbeeld hiervan is de clausule die in het contract van RxCare (een grote zorgverzekeraar in Tennessee) met alle apotheken die in het netwerk van RxCare zitten, is opgenomen. Deze clausule schrijft voor dat: "*if a pharmacy in the RxCare network accepts a reimbursement rate from any other third-party payer that is lower than the RxCare rate, the pharmacy must accept that lower rate for all RxCare care business in which it participates*". De Federal Trade Commission (de Amerikaanse equivalent van de NMa) heeft hier over de volgende uitspraak gedaan: "*An Most Favored Nation (MFN) clause imposed by a dominant group of competing sellers can establish a price floor and restrict competition that otherwise would allow prices to go below that floor. We had evidence that this is exactly what happened here and that, as a result, managers of pharmacy benefit plans in Tennessee were forced to pay higher prices for prescription drugs*".¹¹

Ook in Philadelphia en in Pittsburgh opereren grote zorgverzekeraars die MFN clausules hebben opgenomen in hun overeenkomsten met de zorgaanbieders in dit gebied. Deze zorgverzekeraars¹² hebben respectievelijk 75 en 76% van de verzekerden onder hun hoede, en hebben daarmee een veel betere onderhandelingspositie dan hun directe concurrenten (met maximaal 18% marktaandeel). Door deze machtspositie kunnen zij de zorgverleners opleggen om in te stemmen met de clausule, waarin is opgenomen dat wanneer de zorgverlener een hogere korting geeft aan een klant die niet is aangesloten bij de grote zorgverzekeraar, deze korting ook gegeven moet worden aan IBC of Highmark. Hierdoor betalen de dominante zorgverzekeraars dus altijd de laagste prijzen.¹³

Volgens McNair zitten er aan het inbouwen van MFN clausules door zorgverzekeraars met een economische machtspositie een aantal nadelen. Ten eerste wordt het nieuwe potentiële concurrenten vrijwel onmogelijk gemaakt om tot de markt toe te treden. Ten tweede worden de

¹⁰ Een voorbeeld hiervan zijn de kortingen die studenten van de universiteit krijgen op onder andere boeken van Donner (laagste prijs garantie). Niet iedere inwoner van Nederland kan studeren aan de universiteit (lid worden), maar de toelatingseisen zijn transparant (het hebben van een VWO-diploma of een HBO-propedeuse).

¹¹ Federal Trade Commission 1996.

¹² Blue Cross plans-Independence Blue Cross (IBC) en Highmark.

¹³ McNair 2003, p. 1-4.

klanten van de zorgverzekeraar (de verzekerden) benadeeld, omdat zij ten opzichte van andere staten veel premie betalen. Een derde groep benadeelden zijn de gebruikers van zorg, omdat door de kunstmatig hoge prijzen de zorg minder toegankelijk wordt. De laatste groep die hinder ondervindt van de clausules zijn de aanbieders van zorg, voor wie onderhandelingen over de prijs onmogelijk worden gemaakt.¹⁴

Een groot verschil tussen de MFN clausules in de Verenigde Staten en de laagste prijs garantie zoals besproken in de casus is dat de Amerikaanse verzekeraars andere afnemers niet uitsluiten van de laagste prijs, terwijl de Nederlandse zorgverzekeraar X dit wel wil doen. Deze zorgverzekeraar wil als enige de laagste prijs betalen, waardoor andere zorgverzekeraars altijd meer betalen voor dezelfde zorg. Hiermee is de vorm van de clausule zoals beschreven in de casus een unieke vorm van "laagste prijs garantie".

1.5 Relevantie van het onderzoek

Door de komst van de Zorgverzekeringswet (Zvw) zullen zorgverzekeraars meer met elkaar moeten gaan concurreren. Omdat op die gebieden van de economie waar concurrentie plaatsvindt ook de Mededingingswet van toepassing is, is het interessant om de grenzen van deze wet te verkennen. In het onderzoek wordt aan de hand van een casus één specifieke zorgverzekeraar behandeld, maar de resultaten kunnen tot ook vertaald worden naar andere zorgverzekeraars in Nederland. De wetenschappelijke relevantie ligt dus voornamelijk in de toepassing van de Mededingingswet op de Nederlandse zorgverzekeraars in hun rol bij de inkoop van (ziekenhuis)zorg.

De maatschappelijke relevantie van het onderzoek ligt in het feit dat de resultaten ondersteuning kunnen bieden aan zorgverzekeraars in Nederland bij het maken van belangrijke strategische keuzes betreffende hun opstelling bij de inkoop van (ziekenhuis)zorg. Aangezien zorgverzekeraars voor een groot deel worden gefinancierd uit publieke middelen (premiegelden) dienen zij hier wel op een verantwoorde wijze mee om te gaan. Hierbij moeten zij zich manoeuvreren binnen de bestaande wet- en regelgeving.

1.6 Doelstelling

Het doel van het onderzoek is het vaststellen of er misbruik van een economische machtspositie plaats vindt als een zorgverzekeraar vraagt om een laagste prijs garantie. De focus hierbij ligt op de inkoop van ziekenhuiszorg uit het B-segment. Hoewel het onderzoek zich concentreert op de casus van één bepaalde zorgverzekeraar, zijn de resultaten voor een groot deel toepasbaar op andere zorgverzekeraars in Nederland.

1.7 Probleemstelling en deelvragen

Naar aanleiding van het voorafgaande luidt de probleemstelling van dit onderzoek als volgt:

Kan een zorgverzekeraar met een economische machtspositie een "laagste prijs garantie" vragen aan een zorgaanbieder?

¹⁴ McNair 2003, p. 4-5.

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden dienen een aantal vragen te worden beantwoord. Als richtsnoer bij het opstellen van deze vragen dienen de stappen die de NMa doorloopt bij het beoordelen van een economische machtspositie van een onderneming en het eventuele misbruik van deze machtspositie. Hieronder vallen vragen met betrekking tot de relevante product- en geografische markten en de economische machtspositie. De deelvragen zullen hieronder worden benoemd en besproken. Hierbij zal worden toegelicht hoe tot beantwoording van de vragen gekomen zal worden.

De probleemstelling zal worden beantwoord met behulp van de volgende deelvragen:

1. Is een zorgverzekeraar een onderneming in de zin van de Mededingingswet?

Een belangrijke stap in dit onderzoek is de vraag of een zorgverzekeraar een ondernemer is in de zin van de Mededingingswet, omdat deze wet alleen van toepassing is op ondernemingen. Hierbij is het belangrijk om te bepalen of een zorgverzekeraar economische of sociale activiteiten uitoefent. Voor het beantwoorden van deze deelvraag zal gekeken naar de relevante wet- en regelgeving op internationaal en nationaal niveau. Vooral de ongeschreven rechtsregels (jurisprudentie) spelen hierbij een grote rol.

2. Wat is de relevante markt bij de inkoop van ziekenhuiszorg door de zorgverzekeraar?

Voor het beantwoorden van deze vraag zal bepaald moeten worden wat de relevante geografische- en productmarkt zijn bij de inkoop van ziekenhuiszorg door de zorgverzekeraar. Hierbij zal worden gekeken naar relevante jurisprudentie en de richtsnoeren van de NMa.¹⁵ Ook wordt aanvullende informatie verkregen door middel van interviews.

3. Wanneer is er sprake van een economische machtspositie?

Als de relevante markt is vastgesteld moet er worden bepaald of er sprake is van een economische machtspositie. Dit is van belang omdat ondernemingen met een machtspositie zich aan bepaalde regels dienen te houden, om misbruik van die machtspositie te voorkomen. Om deze vraag te beantwoorden zal worden gekeken naar relevante jurisprudentie. Aanvullende informatie zal worden verkregen met behulp van interviews met directe en indirecte betrokkenen bij de inkoop van ziekenhuiszorg. Verder spelen ook de richtsnoeren van de NMa een grote rol.¹⁶

4. Wanneer is er sprake van misbruik van de economische machtspositie?

Artikel 24 van de Mededingingswet verbiedt misbruik van een economische machtspositie. Bij deze deelvraag zal worden gekeken of er in bovenstaande casus sprake is van misbruik. Hiermee wordt in feite antwoord gegeven op de probleemstelling. Voor het beantwoorden van deze vraag dienen de interviews als ondersteuning. Ook zal er worden teruggegrepen op bestaande jurisprudentie.

¹⁵ NMa 2002.

¹⁶ NMa 2002.

1.8 Methodologische verantwoording

Het onderzoek heeft een kwalitatief karakter, omdat wordt getracht een diepgaande analyse met betrekking tot de toepasbaarheid van de Mededingingswet op de inkoop van (ziekenhuis)zorg door zorgverzekeraars te geven. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een specifieke casus. Het is de bedoeling dat het onderzoek resultaten oplevert die generaliseerbaar zijn naar een groot deel van de zorginkoopmarkt. Een deel van de resultaten is dan ook toepasbaar op de rest van de zorgverzekeraars in Nederland.

Een aanzienlijk deel van het onderzoek bestaat uit een literatuurstudie. Belangrijke bronnen hierbij zijn naslagwerken over de Mededingingswet, de verschillende richtsnoeren die zijn opgesteld door de Nederlandse Mededingingsautoriteit¹⁷, kamerstukken, het Visiedocument Inkoopmacht¹⁸ en relevante nationale en internationale jurisprudentie.

Na het afsluiten van het theoretische gedeelte wordt duidelijk op welke onderdelen informatie en kennis ontbreken die noodzakelijk zijn om de verschillende deelvragen te beantwoorden. Deze gaten in de kennis worden ingevuld met behulp van interviews. De interviews vinden face-to-face plaats en kennen een semi-gestructureerd karakter. Er worden verschillende experts geïnterviewd met ieder hun eigen aandachtsgebied. De te ondervragen personen zijn: een zorginkoper van de zorgverzekeraar uit de casus, een medewerker van de afdeling verkoop in een ziekenhuis, een onafhankelijke econoom¹⁹ en een medewerker van de afdeling onderzoek van Vektis.²⁰ Om het onderzoek compleet te maken zou ook een medewerker van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, mevrouw Gommers, geïnterviewd moeten worden. Dit bleek helaas niet mogelijk, omdat zij na lange periode van communicatie niet bereid is gevonden om haar medewerking te verlenen.

De validiteit en betrouwbaarheid van het onderzoek worden vergroot door triangulatie. Dit is van belang om bias die kan optreden door de interpretatie van de onderzoeker te voorkomen. De triangulatie krijgt vorm door de verschillende databronnen (literatuur en interviews) te combineren. Daarnaast worden verschillende onderzoeksmethoden gehanteerd, waaronder literatuurstudie en interviews. Verder wordt de interne validiteit vergroot door de uitgewerkte interviews voor te leggen aan de geïnterviewden, alvorens de resultaten te gebruiken bij de analyses (*memberchecking*). Tenslotte zal er *peer-review* plaatsvinden door de bevindingen en resultaten voor te leggen aan medestudenten en in het bijzonder de meelezende docenten.²¹

1.9 Leeswijzer

De opbouw van het onderzoek volgt de hierboven beschreven deelvragen. In het eerste hoofdstuk wordt de relevante wet- en regelgeving rondom de inkoop van ziekenhuiszorg door zorgverzekeraars beschreven. Hierop volgt een hoofdstuk waarin wordt besproken of een

¹⁷ Richtsnoeren samenwerking bedrijven en Richtsnoeren voor de zorgsector.

¹⁸ NMa 2004b.

¹⁹ Hiervoor is de heer Schut, verbonden aan het Instituut Beleid en Management Gezondheidszorg in Rotterdam, benaderd. Met de heer Schut heeft slechts telefonisch overleg plaatsgevonden, omdat tijdens dit gesprek alle relevante punten reeds aan de orde waren gekomen.

²⁰ Informatiecentrum voor de zorgverzekeringsbranche, zowel gericht op de branche als op de individuele zorgverzekeraars. Vektis levert producten en diensten op het terrein van ICT, standaarden en statistiek & actuariaat (www.vektis.nl).

²¹ Creswell 2003, p. 196.

zorgverzekeraar een onderneming is in de zin van de Mededingingswet. Hierbij komt ook jurisprudentie aan bod. In de daaropvolgende hoofdstukken worden achtereenvolgens de relevante markt en de economische machtspositie besproken. Vervolgens wordt in hoofdstuk zes bepaald wanneer er sprake is van misbruik van de economische machtspositie. Hierbij wordt extra aandacht besteed aan het vragen om een laagste prijs garantie. In de conclusie wordt tenslotte antwoord gegeven op de verschillende deelvragen en op de probleemstelling. Het onderzoek wordt afgesloten met een discussie.

2. Wet- en regelgeving

In dit hoofdstuk wordt de wet- en regelgeving met betrekking tot de inkoop van ziekenhuiszorg door de zorgverzekeraars beschreven. Zowel de nationale als de internationale aspecten zullen aan bod komen. Hierbij zal het accent liggen op de mededingingswetgeving. Allereerst wordt beschreven welke regelgeving op Europees niveau betrekking heeft op de Nederlandse markt voor de zorginkoop door zorgverzekeraars. Vervolgens wordt er aandacht besteed aan de Nederlandse Mededingingswet.

2.1 Het internationale recht

Het internationale recht wordt ook wel volkenrecht genoemd. Dit volkenrecht bestaat uit rechtsregels die het verkeer regelen tussen staten onderling en tussen staten en volkenrechtelijke organisaties. Deze rechtsregels zijn voor een deel geschreven (verdragen en beslissingen van volkenrechtelijke organisaties) en voor een deel ongeschreven (gewoontes, algemene rechtsbeginselen en jurisprudentie).²²

De belangrijkste rechtsbron van het volkenrecht is het verdrag. Dit is een overeenkomst tussen staten, waarin wederzijdse rechten en verplichtingen worden vastgelegd. Als er twee landen deelnemen aan een verdrag wordt het bilateraal genoemd, en in alle andere gevallen is het multilateraal. Het EG-verdrag is een voorbeeld van een multilateraal verdrag.²³

Het EG-verdrag is een verdrag dat de oprichting van een internationale organisatie tot onderwerp heeft: de Europese Gemeenschap. Dit is een supranationale organisatie, omdat de lidstaten een deel van hun soevereiniteit overdragen aan deze organisatie. Aan de organisatie worden door de deelnemende landen zelfstandige bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en/of rechtspraak opgedragen.²⁴

Met de komst van het EG-verdrag in 1957 telt Europa drie op verdragen gebaseerde gemeenschappen: de Europese Gemeenschap (voorheen de EEG), de Europese Gemeenschap van Kolen en Staal (de EGKS) en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (de EGA). Deze drie gemeenschappen vormen de pijlers van de Europese Unie.²⁵ In de loop der jaren zijn steeds meer lidstaten toegetreden tot de Europese Unie. De EU telt inmiddels 25 lidstaten, waaronder Nederland.²⁶ Het mededingingsrecht is een belangrijk aandachtsgebied van de Europese Unie en zal in de volgende paragraaf worden behandeld.

2.2 Het Europese Mededingingsrecht

De kern van het Europese Mededingingsrecht wordt gevormd door de artikelen 81 en 82 EG-verdrag (respectievelijk kartelverbod en misbruik van machtsposities) en Verordening 4064/89 (concentratieverordening).²⁷ De artikelen uit het verdrag verbieden mededingingsbeperkende afspraken en misbruik van een economische machtspositie, terwijl de concentratieverordening

²² Verheugt 1997.

²³ Verheugt 1997.

²⁴ Verheugt 1997.

²⁵ Verheugt 1997.

²⁶ Nobels 2005.

²⁷ Nobels 2005.

regels stelt aan fusies en overnames van bedrijven die mogelijk mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben.²⁸

Zowel het Europese Mededingingsrecht als de Mededingingswet (later in dit hoofdstuk) zijn alleen van toepassing op ondernemingen. In de Mededingingswet is te vinden dat onder het begrip “onderneming” moet worden verstaan een onderneming in de zin van artikel 85 lid 1 EG-verdrag.²⁹

2.3 Doorwerking van het EG-verdrag in het nationale recht

In Nederland is in de Grondwet geregeld dat de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert.³⁰ Nederland heeft een incorporatiesysteem, wat inhoudt dat het internationale recht zonder meer deel uitmaakt van het nationale recht. Er is dus geen afzonderlijke rechtshandeling nodig om het internationale recht tot nationaal recht te maken. Dit is anders in landen die het transformatiesysteem hanteren. In dit systeem is voor de doorwerking van het internationale recht telkens weer een nationale wet nodig waarin de in het verdrag opgenomen materie wordt verwerkt tot nationaal recht. In de meeste landen van de wereld wordt dit laatste systeem gehanteerd.³¹

2.4 De Mededingingswet

Concurrentie (ofwel mededinging) bevordert de dynamiek van de economie. Afspraken of gedragingen die de concurrentie beperken, verstoren deze dynamiek. Om de onderlinge concurrentie aan te scherpen is op 1 januari 1998 de Mededingingswet (Mw) in werking getreden.³²

De Nederlandse mededingingsregels sluiten nauw aan bij de Europese regels. In de Memorie van Toelichting bij de Mw staat expliciet dat de wet niet strenger of soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels.³³

De Mededingingswet is alleen van toepassing als de Nederlandse markt in het geding is, en geldt voor alle ondernemingen en verenigingen van ondernemers die actief zijn op de Nederlandse markt. De Mededingingswet is in beginsel op alle sectoren van de economie van toepassing, dus ook op de zorgsector. Bepalend voor het van toepassing zijn van de Mededingingswet is dat economische activiteiten worden uitgeoefend.³⁴

De Mededingingswet verbiedt:

- Kartels;
- Misbruik van een economische machtspositie;
- Concentraties van ondernemingen zonder voorafgaande melding.³⁵

²⁸ NMa 2004a.

²⁹ Artikel 1 lid f Mw.

³⁰ Artikel 90 GW e.v.

³¹ Verheugt 1997.

³² NMa 2003.

³³ NMa 2002, p. 8.

³⁴ NMa 2003, p. 3.

³⁵ NMa 2003, p. 3.

Deze verboden zijn neergelegd in respectievelijk artikel 6 Mw, artikel 24 Mw en artikel 34 Mw, en zullen in de paragrafen 2.4.1 tot en met 2.4.3 worden besproken. In paragraaf 2.4.4 zal vervolgens de handhaving van de wet uiteengezet worden.

2.4.1 Kartelverbod

Artikel 6 Mw verbiedt “overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst”.³⁶ Kartels zijn dus verboden, tenzij uitdrukkelijk toegestaan.³⁷

Het verbod richt zich niet tegen samenwerking tussen ondernemingen als zodanig, maar de samenwerking mag er niet toe leiden dat de concurrentie wordt beperkt. Uit de richtsnoeren die de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (d-g NMa) heeft opgesteld voor de zorgsector³⁸, blijkt dat concurrentiebeperkende afspraken betrekking kunnen hebben op uiteenlopende aspecten van het commerciële beleid van ondernemingen, zoals: het vaststellen van prijzen, het verdelen van markten of voorzieningsbronnen, leveringscondities en beperking van productie of afzet.³⁹ Tevens is het kartelverbod van toepassing op alle concurrentiebeperkende afspraken: schriftelijk én mondeling, horizontaal én verticaal. Het verbod is zelfs van toepassing wanneer ondernemers hun marktgedrag op elkaar afstemmen zonder dat daar uitdrukkelijk afspraken over zijn gemaakt.⁴⁰

Als er sprake is van een vrijstelling of ontheffing is het kartelverbod niet van toepassing. Hierbij gaat het om afspraken tussen ondernemingen die in principe geen bedreiging vormen voor de concurrentie en om bepaalde soorten afspraken die een positief effect hebben op de economische vooruitgang, de generieke vrijstellingen.⁴¹ Deze ontheffingen zijn geregeld in artikel 7 Mw.

2.4.2 Verbod op misbruik van economische machtspositie

Een onderneming met een economische machtspositie is een onderneming die zo machtig is dat deze zich onafhankelijk van andere marktpartijen (concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers) kan gedragen.⁴² Het hebben van een economische machtspositie is volgens de Mededingingswet niet verboden. Wel is het verboden om misbruik te maken van deze machtspositie.⁴³ Ondernemingen met een economische machtspositie worden strenger

³⁶ Artikel 6 lid 1 Mw.

³⁷ NMa 2003.

³⁸ De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (d-g NMa) heeft met de Richtsnoeren voor de Zorgsector (2002) extra duidelijkheid willen creëren over de wijze waarop de aan hem toekomende taken en bevoegdheden in het kader van de handhaving van de Mededingingswet worden uitgeoefend. Deze richtsnoeren zijn een nadere uitwerking voor de zorgsector van een aantal onderwerpen zoals behandeld in de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven (2001). Bovendien zijn een aantal onderwerpen opgenomen die voor de zorgsector specifiek van belang zijn (NMa 2002).

³⁹ NMa 2002.

⁴⁰ NMa 2003.

⁴¹ NMa 2002, NMa 2003.

⁴² NMa 2003.

⁴³ Artikel 24 Mw.

beoordeeld in mededingingsrechtelijke zin. Het doel hiervan is ondernemingen zonder economische machtspositie de gelegenheid te geven om te blijven concurreren op de markt. Onder de term misbruik moet dan ook vooral worden gedacht aan gedragingen van een onderneming die de marktstructuur zo beïnvloeden dat de concurrentiemogelijkheden voor andere ondernemingen afnemen.⁴⁴

Om te kunnen bepalen of een onderneming een economische machtspositie heeft moet door middel van een economische analyse bepaald worden wat de relevante markt is. De relevante markt bestaat uit twee dimensies: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt.⁴⁵ De bepaling van de relevante markt en daarmee het al dan niet hebben van een economische machtspositie worden in de volgende hoofdstukken uitgewerkt voor de zorgverzekeraar uit de in de inleiding beschreven casus.

Er is een uitzondering op het verbod van misbruik van een machtspositie: wanneer een onderneming belast is met een taak van algemeen economisch belang en deze onderneming door het verbod wordt belemmerd in de uitoefening van deze taak, kan deze zich wenden tot de NMa. De NMa zal nagaan of het verbod inderdaad een behoorlijke taakvervulling in de weg staat. Als dit inderdaad het geval is, kan de NMa beslissen dat op bepaalde gedragingen van deze onderneming die noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van deze taak van algemeen economisch belang, het verbod op misbruik van een economische machtspositie niet geldt.⁴⁶

2.4.3 Concentratietoezicht

Het ontstaan van te grote machtsposities moet worden voorkomen, omdat deze nadelig kunnen zijn voor de economische ontwikkeling. Concentraties van ondernemingen kunnen immers resulteren in machtige ondernemingen die dominant genoeg zijn om op een bepaalde markt de concurrentie significant te belemmeren of uit te schakelen.⁴⁷ Om deze reden is er in de Mededingingswet voor gekozen om voorgenomen concentraties (fusies, overnames en bepaalde typen *joint ventures*) vooraf te toetsen.⁴⁸ Het concentratietoezicht is echter alleen van toepassing op grote concentraties.⁴⁹

2.4.4 Handhaving van de wet

Het toezicht op naleving van de Mededingingswet en de uitvoering van de taken die uit de wet voortvloeien zijn opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De NMa is binnen de Nederlandse situatie momenteel de belangrijkste toezichthouder, maar deze taak zal in toenemende mate door het College Tarieven Gezondheidszorg – Zorgautoriteit in oprichting (CTG-Zaio) vervuld gaan worden.⁵⁰ In het kader van het mededingingstoezicht speelt ook de

⁴⁴ Slot e.a. 2005.

⁴⁵ NMa 2002.

⁴⁶ NMa 2002, NMa 2003.

⁴⁷ NMa 2003.

⁴⁸ Artikel 34 Mw.

⁴⁹ NMa 2003: Er is sprake van een 'grote' concentratie als de ondernemingen samen jaarlijks in totaal meer dan EUR 113.450.000 wereldwijd omzetten en minstens twee van hen binnen Nederland een jaaromzet van minimaal EUR dertig miljoen halen.

⁵⁰ NMa 2002, NMa 2003.

Algemene Wet Bestuursrecht (AWB) een grote rol, omdat de NMa en het CTG-Zaio beide zelfstandige bestuursorganen zijn.

De NMa kan optreden tegen overtredingen van de Mededingingswet, door het opleggen van een boete en een last onder dwangsom. Deze boetes kunnen oplopen tot maximaal tien procent van de totale netto jaaromzet van de onderneming.⁵¹

Tegen beslissingen van de NMa kan bezwaar worden aangetekend bij de NMa. Vervolgens kan tegen de beslissing op bezwaar beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁵²

2.5 Conclusie

Het Europese Mededingingsrecht is gebaseerd op het EG-verdrag en de Concentratieverordening. Vanwege het incorporatiesysteem maakt het internationale recht zonder meer deel uit van het nationale recht in Nederland. Op 1 januari 1998 is de Mededingingswet in werking getreden, om de onderlinge concurrentie op de Nederlandse markt aan te scherpen. De Mededingingswet verbiedt kartels, misbruik van een economische machtspositie en concentraties van ondernemingen zonder voorafgaande melding. De Nederlandse Mededingingsautoriteit ziet toe op de naleving van deze wet. Deze taak zal in toenemende mate door het CTG-Zaio vervuld gaan worden.

⁵¹ NMa 2001b.

⁵² NMa 2002.

3. Het begrip onderneming

Het Mededingingsrecht is alleen van toepassing op ondernemingen. In dit hoofdstuk wordt gekeken wat er wordt verstaan onder een onderneming. Hierbij wordt gebruik gemaakt van zowel relevante Europese als Nederlandse jurisprudentie. Aan de hand van de gevonden literatuur en bestaande rechtspraak kan vervolgens antwoord worden gegeven op de vraag of een zorgverzekeraar een onderneming in de zin van de Mededingingswet is.

3.1 Definitie onderneming

Zowel het Europese mededingingsrecht als de Mededingingswet zijn alleen van toepassing op ondernemingen. In de Mededingingswet is te vinden dat onder het begrip “onderneming” moet worden verstaan een onderneming in de zin van artikel 85 lid 1 EG-verdrag.⁵³

In het EG-verdrag wordt het begrip onderneming echter niet nader toegelicht. Bij de toepassing van de mededingingsregels wordt vaak de brede definitie gebruikt die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) heeft verstrekt in de zaak *Höfner and Elser*.⁵⁴ Volgens deze uitspraak is een onderneming in de zin van het Europese Mededingingsrecht “*every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the undertaking and the way in which it is financed*”.⁵⁵

Ook de zaak *FENIN*⁵⁶ is in deze context van belang. In deze zaak heeft het HvJEG een belangrijke uitspraak gedaan met betrekking tot het begrip onderneming.⁵⁷ Concluderend werd er gezegd dat er sprake is van een onderneming als een instelling een product aankoopt en dit product wordt aangewend voor economisch gebruik. Als het product wordt aangekocht voor een

⁵³ Artikel 1 lid f Mw.

⁵⁴ HvJEG, zaak C-41/90, *Höfner and Elser*, ECR 1991, I-1979.

⁵⁵ HvJEG, zaak C-41/90, *Höfner and Elser*, ECR 1991, I-1979, punt 21.

⁵⁶ HvJEG, zaak T-319/99, *FENIN*, 2003.

⁵⁷ FENIN is een vereniging waarbij de meerderheid van de leveranciers van medische hulpmiddelen in Spanje is aangesloten. Het Spaanse Sistema Nacional de Salud (SNS; het Spaanse nationale gezondheidsstelsel) koopt bij FENIN medische hulpmiddelen in voor gebruik in de Spaanse ziekenhuizen. FENIN heeft bij de Commissie een klacht ingediend tegen het SNS, omdat de gemiddelde vertraging bij de betaling van de afgenomen producten 300 dagen bedraagt. FENIN kan geen druk uitoefenen op het SNS vanwege de machtspositie die deze organisatie inneemt en is dus van mening dat het SNS misbruik maakt van haar economische machtspositie. De klacht is echter afgewezen door de Commissie, omdat deze van mening is dat de entiteiten die het SNS beheren niet als ondernemingen handelen. Het Gerecht herinnert er om te beginnen aan dat het begrip onderneming in het communautaire mededingingsrecht elke entiteit omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Onder economische activiteit wordt verstaan de activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt, en niet de aankoopactiviteit als zodanig. De al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product bepaalt dus de aard van de aankoopactiviteit. Als een entiteit een product aankoopt voor een zuiver sociale activiteit handelt zij niet als onderneming, zelfs wanneer zij een aanzienlijke economische macht uitoefent.

Het Spaanse SNS werkt op basis van het solidariteitsbeginsel, aangezien het wordt gefinancierd door sociale bijdragen en er gratis diensten worden verleend aan de verzekerden op basis van een algemene dekking. Tevens merkt het Gerecht op dat entiteiten die een taak van uitsluitend sociale aard vervullen, welke berust op het beginsel van nationale solidariteit en geen winstoogmerk heeft, geen ondernemingen zijn. Het SNS kan dus niet als een onderneming in de zin van het communautaire mededingingsrecht worden beschouwd.

activiteit van sociale aard is er geen sprake van een onderneming in de zin van het Europese mededingingsrecht.

Uit bovenstaande jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat wanneer de activiteiten van een zorgverzekeraar overwegend sociaal van aard zijn, en niet economisch, het mededingingsrecht niet van toepassing is.⁵⁸

3.2 Sociale versus economische activiteiten

San Giorgi noemt in haar onderzoek twee benaderingen die het Europese Hof van Justitie gebruikt voor de definitie van een economische activiteit. De eerste benadering is de “*abstract test*”, waarin het Hof beoordeelt of de goederen en diensten in potentie kunnen worden verstrekt op de markt. Deze benadering wordt gebruikt in de normale zaken omtrent Europese mededinging.⁵⁹

De tweede benadering is ontwikkeld in zaken die te maken hebben met de relatie tussen sociale zekerheid en concurrentie⁶⁰: *Poucet and Pistre*⁶¹, *FFSA*⁶², *Inail*⁶³, de zaken *Albany*⁶⁴, *Brentjens*⁶⁵ en *Drijvende Bokken*⁶⁶ en de *AOK* zaken⁶⁷. Bij deze benadering wordt de zogenaamde “*concrete test*” toegepast. Hierbij wordt met grote precisie onderzocht hoeveel ruimte de nationale wetgeving laat voor concurrentie bij de implementatie van de sociale zekerheidssystemen, en op welke manier het principe van solidariteit vorm krijgt. Beslissend hierbij is of de sociale dan wel de economische karakteristieken domineren.⁶⁸

Bij het bepalen of een zorgverzekeraar een sociale dan wel een economische activiteit verricht is één criterium niet voldoende. Er zijn meerdere criteria die gebruikt moeten worden om na te gaan of een zorgverzekeraar een onderneming is.⁶⁹ Deze criteria zullen in de volgende paragraaf worden besproken.

3.3 Criteria

In deze paragraaf worden de zes criteria besproken die van belang zijn bij het bepalen of een activiteit sociaal dan wel economisch is.⁷⁰ De criteria staan niet op volgorde van belangrijkheid, omdat geen enkel criterium aangewezen kan worden als meest zwaarwichtig.⁷¹

⁵⁸ Karl 2005.

⁵⁹ San Giorgi 2005, p. 14.

⁶⁰ San Giorgi 2005, p. 14.

⁶¹ HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637.

⁶² HvJEG, zaak C-244/94, *Fédération Française de Sociétés d'Assurance (FFSA)*, ECR 1995, I-4013.

⁶³ HvJEG, zaak C-218/00, *Inail*, ECR 2002, I-691.

⁶⁴ HvJEG, zaak C-67/96, *Albany*, ECR 1999, I-5751.

⁶⁵ HvJEG, zaak C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, ECR 1999, I-6025.

⁶⁶ HvJEG, zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECR 1999, I-6121.

⁶⁷ HvJEG, zaak C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, *AOK Bundesverband (AOK)*, ECR 2004, I-2493.

⁶⁸ San Giorgi 2005, p. 15.

⁶⁹ San Giorgi 2005, p. 15.

⁷⁰ Deze zes criteria zijn ontleend aan het onderzoek van San Giorgi, 2005.

⁷¹ San Giorgi 2005, p. 20.

3.3.1 De pijlers van het stelsel

Het eerste criterium heeft betrekking op de pijlers waarop het stelsel is gebaseerd, de zogenaamde onderliggende principes. In de *Poucet and Pistre*⁷² zaken heeft het HvJEG duidelijk gemaakt dat het begrip onderneming geen betrekking heeft op organisaties die gefundeerd zijn op sociale waarden, en daarom zijn belast met het uitvoeren van het sociale zekerheidsstelsel, gebaseerd op de principes van solidariteit.⁷³

In de uitspraak staat dat de stelsels “*fulfill an exclusively social function and therefore are not undertakings. That social activity is based on the principle of national solidarity and is entirely non-profit making. The benefits paid are statutory benefits bearing no relation to the amount of the contributions*”.⁷⁴

Uit bovenstaande zaak blijkt dat voor het uitoefenen van een sociale activiteit het zijn van een non-profit organisatie een erg belangrijk criterium is. Dit wordt later echter weerlegd in een aantal andere uitspraken.⁷⁵ Pas in het *AOK Bundesverband*-arrest⁷⁶, waarin het HvJEG bepaalt dat de Duitse *Krankenkassen*⁷⁷ geen ondernemingen zijn in de zin van het EG-verdrag, neemt het criterium weer toe in belangrijkheid. Bij de uitspraak dat de Duitse zorgverzekeringen louter een sociale functie vervullen is het non-profit karakter één van de belangrijkste criteria.

3.3.2 Het verplichte karakter

Het tweede criterium is het verplichte karakter van het stelsel. Zowel in de *Poucet and Pistre*⁷⁸ zaak als in de *FFSA*⁷⁹ zaak is dit criterium erg belangrijk. In deze zaken weegt het verplichte respectievelijk het vrijblijvende karakter van de stelsels zwaar mee bij de beslissing of de uitvoerders ondernemingen zijn of niet.

In de uitspraken inzake *Albany*⁸⁰, *Brentjens*⁸¹ en *Drijvende Bokken*⁸² weegt dit criterium echter niet zwaar mee. In deze zaken is bepaald dat de fondsen ondernemingen zijn, ondanks het verplichte karakter van het stelsel.⁸³

⁷² HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637.

⁷³ San Giorgi 2005, p. 15.

⁷⁴ HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637, punt 18 en 19.

⁷⁵ HvJEG, zaak C-244/94, *Fédération Française de Sociétés d'Assurance (FFSA)*, ECR 1995, I-4013, HvJEG, zaak C-67/96, *Albany*, ECR 1999, I-5751, HvJEG, zaak C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, ECR 1999, I-6025, HvJEG, zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECR 1999, I-6121 en HvJEG, zaak C-218/00, *Inail*, ECR 2002, I-691.

⁷⁶ HvJEG, zaak C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, *AOK Bundesverband (AOK)*, ECR 2004, I-2493.

⁷⁷ De Duitse *Krankenkassen* zijn vergelijkbaar met de Nederlandse ziekenfondsen voor 1 januari 2006.

⁷⁸ HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637. Het stelsel in deze zaak had een verplicht karakter, waardoor de uitvoerders niet als ondernemingen werden aangemerkt.

⁷⁹ HvJEG, zaak C-244/94, *Fédération Française de Sociétés d'Assurance (FFSA)*, ECR 1995, I-4013. Het stelsel in deze zaak had een optioneel karakter, waardoor de uitvoerders warden aangemerkt als ondernemingen.

⁸⁰ HvJEG, zaak C-67/96, *Albany*, ECR 1999, I-5751.

⁸¹ HvJEG, zaak C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, ECR 1999, I-6025.

⁸² HvJEG, zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECR 1999, I-6121.

⁸³ San Giorgi 2005, p. 17.

3.3.3 Solidariteit

Het derde criterium heeft betrekking op de manier waarop de premies en de prestaties worden toebedeeld aan de verzekerden. Wanneer de organisaties binnen een systeem alleen de wet uitvoeren, hebben de uitvoerders geen vrijheid om bijvoorbeeld de premies te bepalen. In een dergelijk systeem worden elementen van solidariteit geacht aanwezig te zijn, waardoor de kans groot is dat de uitvoerende organen niet als ondernemingen worden aangemerkt.⁸⁴

De bovenstaande situatie is van toepassing op de zaken *Poucet and Pistre*⁸⁵, *Inail*⁸⁶ en *AOK*⁸⁷. In deze zaken hadden de prestaties totaal geen relatie met de hoogte van de premies. Het HvJEG heeft deze stelsels dan ook als sociaal beoordeeld, met solidariteit als belangrijkste karakteristiek.⁸⁸

Er is sprake van solidariteit wanneer de premies inkomensafhankelijk zijn, terwijl de prestaties voor iedereen gelijk zijn. Dit is een vorm van inkomenssolidariteit.⁸⁹ Als de prestaties niet afhangen van het risico dat men loopt, maar van de prijs die men betaalt, zal het HvJEG sneller oordelen dat een organisatie economische activiteiten uitoefent.⁹⁰ Dit is het geval in de zaken *FFSA*⁹¹, *Albany*⁹², *Brentjens*⁹³ en *Drijvende Bokken*.⁹⁴

3.3.4 De vaststelling van de premies

Een volgend criterium beoordeelt of de premies of de bijdragen door de uitvoerende organen mogen worden vastgesteld, of dat deze worden gereguleerd door bijvoorbeeld de overheid. Het is hierbij belangrijk om te kijken of de organisaties zich kunnen aanpassen aan omstandigheden waar de markt zich in bevindt. Er moet in overweging worden genomen in hoeverre de overheid invloed uitoefent op de beslissingen die de organisaties nemen.⁹⁵

Zowel in de *Poucet and Pistre* zaak⁹⁶ als in de zaak *Inail*⁹⁷ zijn de premies vastgelegd in de wet, waardoor de organisaties eerder worden aangemerkt als sociaal, en dus geen ondernemingen in de zin van het Europese mededingingsrecht. In de *AOK* zaak⁹⁸ zijn de organisaties vrij om hun premies vast te stellen, maar ondanks dat worden ze toch niet aangemerkt als ondernemingen. Het al dan niet zelf kunnen bepalen van de premie is dus niet altijd een doorslaggevend argument.

⁸⁴ San Giorgi 2005, p. 17.

⁸⁵ HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637.

⁸⁶ HvJEG, zaak C-218/00, *Inail*, ECR 2002, I-691.

⁸⁷ HvJEG, zaak C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, *AOK Bundesverband (AOK)*, ECR 2004, I-2493.

⁸⁸ San Giorgi 2005, p. 17.

⁸⁹ San Giorgi 2005, p. 18, HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637.

⁹⁰ San Giorgi 2005, p. 18.

⁹¹ HvJEG, zaak C-244/94, *Fédération Française de Sociétés d'Assurance (FFSA)*, ECR 1995, I-4013.

⁹² HvJEG, zaak C-67/96, *Albany*, ECR 1999, I-5751.

⁹³ HvJEG, zaak C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, ECR 1999, I-6025.

⁹⁴ HvJEG, zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECR 1999, I-6121.

⁹⁵ "Some public regulatory instrument", San Giorgi 2005, p. 18.

⁹⁶ HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637.

⁹⁷ HvJEG, zaak C-218/00, *Inail*, ECR 2002, I-691.

⁹⁸ HvJEG, zaak C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, *AOK Bundesverband (AOK)*, ECR 2004, I-2493.

3.3.5 Het principe van kapitalisatie

Het principe van kapitalisatie houdt in dat de organisaties zelf kunnen beslissen wat ze doen met hun financiële resultaten. Als er een actief management is dat zich bezighoudt met de ontvangen fondsen, is er sprake van een economische activiteit.⁹⁹ Dit komt duidelijk naar voren in de zaken *FFSA*¹⁰⁰, *Albany*¹⁰¹, *Brentjens*¹⁰² en *Drijvende Bokken*.¹⁰³ De stelsels zijn door het HvJEG aangemerkt als ondernemingen, onder andere omdat ze functioneren volgens het principe van kapitalisatie.¹⁰⁴

3.3.6 De concurrentie tussen verschillende verzekeraars

Het zesde en laatste criterium heeft betrekking op het gegeven of er concurrentie plaatsvindt tussen de verschillende verzekeraars binnen het stelsel. Als de deelnemende partijen bijvoorbeeld gesubsidieerd worden¹⁰⁵, is de kans groter dat ze niet worden aangemerkt als ondernemingen.¹⁰⁶

3.4 De Nederlandse zorgverzekeraars

In deze paragraaf worden de zes besproken criteria toegepast op de entiteiten die in Nederland de Zorgverzekeringswet uitvoeren, de zorgverzekeraars.

Kijkend naar het eerste criterium zien we dat de Nederlandse zorgverzekeraars in principe zijn belast met het uitvoeren van het sociale zekerheidsstelsel, gebaseerd op de principes van solidariteit. De zorgverzekeraars dragen immers zorg voor de uitvoering van een wet, de Zorgverzekeringswet. Deze wet staat toe dat de nieuwe zorgverzekeraars winst mogen uitkeren aan aandeelhouders.¹⁰⁷ Hoewel niet alle zorgverzekeraars een winstoogmerk hebben, heeft het stelsel als geheel geen non-profit karakter.

Het tweede criterium kijkt of het stelsel een verplicht karakter heeft. In Nederland zijn mensen verzekeringsplichtig voor de Zorgverzekeringswet wanneer ze ook via de AWBZ verplicht verzekerd zijn. Er zijn slechts twee groepen die niet verplicht verzekerd zijn: dit zijn gemoedsbezwaarden en militairen in werkelijke dienst.¹⁰⁸

In Nederland zijn de premies voor een deel inkomensafhankelijk. De zorgverzekeringswet bepaalt dat iedere verzekerde boven de 18 jaar naast een premie die rechtstreeks aan de verzekeraar moet worden betaald ook een inkomensafhankelijke bijdrage verschuldigd is. Deze bijdrage wordt niet rechtstreeks aan de verzekeraar betaald, maar door de belasting geheven op grond van het inkomen. In de wet is opgenomen dat de werkgever of uitkeringsinstantie deze bijdrage dient te vergoeden.¹⁰⁹ Het Nederlandse verzekeringsstelsel is dus gebaseerd op

⁹⁹ San Giorgi 2005, p. 19.

¹⁰⁰ HvJEG, zaak C-244/94, *Fédération Française de Sociétés d'Assurance (FFSA)*, ECR 1995, I-4013.

¹⁰¹ HvJEG, zaak C-67/96, *Albany*, ECR 1999, I-5751.

¹⁰² HvJEG, zaak C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, ECR 1999, I-6025.

¹⁰³ HvJEG, zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECR 1999, I-6121.

¹⁰⁴ San Giorgi 2005, p. 19.

¹⁰⁵ Dit kan ook door middel van kruissubsidies (San Giorgi 2005, p. 19).

¹⁰⁶ San Giorgi 2005, p. 19 en HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637.

¹⁰⁷ Consumentenbond 2005.

¹⁰⁸ Consumentenbond 2005.

¹⁰⁹ Consumentenbond 2005.

inkomenssolidariteit. Er is ook sprake van risicosolidariteit, doordat mensen met verschillende gezondheidsrisico's bij elkaar zijn ondergebracht in een *pool*.¹¹⁰

Criterium vier heeft betrekking op de vaststelling van de premies. De zorgverzekeraars zijn vrij om hun premies te bepalen. Wel is er een verbod op premiedifferentiatie. Dit betekent dat zorgverzekeraars voor dezelfde verzekering geen verschillende premies mogen heffen op grond van bijvoorbeeld leeftijd of gezondheidsrisico.¹¹¹

Het vijfde criterium kijkt naar het principe van kapitalisatie. In Nederland handelen de verzekeraars niet volgens dit principe.¹¹²

Kijkend naar het laatste criterium is het van belang of er concurrentie plaats vindt tussen de verschillende zorgverzekeraars. In de Zorgverzekeringswet zijn veel elementen ingebouwd waarop de verzekeraars zich van elkaar kunnen onderscheiden. Zo kan er niet alleen worden geconcurrereerd op de prijs, maar ook op de service.¹¹³ Als er een risicovereveningssysteem¹¹⁴ is ingebouwd in een stelsel, speelt het principe van solidariteit een grote rol. Dit systeem is belangrijk in het Nederlandse stelsel, omdat door de acceptatieplicht de kans bestaat dat één of enkele verzekeraars een onevenredig groot aantal ouderen of mensen met een hoog gezondheidsrisico moet verzekeren.¹¹⁵ Het vereveningssysteem zorgt er eigenlijk dus voor dat de concurrentie eerlijker verloopt.

3.5 Conclusie

De Mededingingswet is zoals eerder gezien van toepassing op ondernemingen. In het eerder besproken *AOK Bundesverband*-arrest heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat de Duitse *Krankenkassen* geen ondernemingsactiviteiten uitoefenden bij het uitvoeren van het Duitse equivalent van de Ziekenfondswet. Omdat er zeer veel overeenkomsten waren tussen de Duitse *Krankenkassen* en de oude Nederlandse ziekenfondsen heeft de d-g NMa advies gevraagd aan de Europese Commissie. Uiteindelijk is de d-g NMa tot de conclusie gekomen dat de Nederlandse ziekenfondsen geen ondernemingsactiviteiten uitoefenden bij het uitvoeren van de Ziekenfondswet.

Door de invoering van de Zorgverzekeringswet is de eerdere uitspraak over de Nederlandse ziekenfondsen niet meer van toepassing op de zorgverzekeraars die sinds 1 januari 2006 op de Nederlandse markt opereren. Er is door het HvJEG nog geen uitspraak gedaan over deze zorgverzekeraars met betrekking tot het al dan niet zijn van een onderneming. Uit de jurisprudentie blijkt dat een zorgverzekeraar een onderneming is als de uitgevoerde activiteiten in hoofdzaak economisch zijn, en niet sociaal.

¹¹⁰ San Giorgi 2005, p. 21.

¹¹¹ Consumentenbond 2005.

¹¹² San Giorgi 2005, p. 21.

¹¹³ San Giorgi 2005, p. 21.

¹¹⁴ Risicoverevening houdt in dat verzekeraars met relatief veel hoge risico's financieel gecompenseerd worden. Risicoverevening verkleint de prikkels voor verzekeraars om risicoselectie toe te passen, dat wil zeggen om minder aantrekkelijke verzekerden te weren. Wanneer de baten van risicoselectie voor de verzekeraar klein zijn, zal hij zich vooral richten op het contracteren van een doelmatige zorgverlening (NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ).

¹¹⁵ Consumentenbond 2005.

Om te bepalen of activiteiten economisch of sociaal van aard zijn, zijn er zes criteria te onderscheiden. Deze criteria in ogenschouw nemend zien we dat het verplichte karakter van het Nederlandse zorgstelsel en de solidariteit wijzen op het niet onderneming zijn van de zorgverzekeraars. Dit geldt ook voor het gegeven dat ze niet handelen volgens het principe van kapitalisatie. Er zijn echter ook argumenten die er voor pleiten dat de zorgverzekeraars wel kunnen worden aangemerkt als ondernemingen. Zo heeft het stelsel geen non-profit karakter, zijn de zorgverzekeraars vrij in het vaststellen van de premies en vindt er op verschillende gronden (prijs en kwaliteit) concurrentie plaats tussen zorgverzekeraars.

Omdat de Mededingingswet er zorg voor draagt dat de concurrentie tussen ondernemingen niet wordt verhinderd of verstoord, ligt het voor de hand het criterium met betrekking tot de concurrentie tussen de verschillende zorgverzekeraars het zwaarst te laten wegen. Een belangrijker argument is echter dat de NMa na de invoering van de Zorgverzekeringswet zich nog steeds bezig houdt met zaken omtrent zorgverzekeraars, waardoor er geen signalen zijn om aan te nemen dat ze er anders naar kijken dan voorheen. Om aan te sluiten bij de opvattingen van de NMa worden in dit onderzoek de zorgverzekeraars in het Nederlandse stelsel beschouwd als ondernemingen in de zin van de mededingingswet. Er kan echter pas zekerheid worden verkregen op het moment dat de hoogste Europese rechter een uitspraak heeft gedaan over het al dan niet onderneming zijn van de zorgverzekeraars. Tot deze tijd is de aanname slechts gebaseerd op (juridische) interpretaties.

4. De relevante markt

In dit hoofdstuk wordt gekeken naar het vraagstuk van de relevante markt. De positie van partijen op de markt is belangrijk voor het effect van een overeenkomst en voor de vraag of de concurrentie merkbaar wordt beperkt.¹¹⁶ Hierbij wordt gekeken naar twee dimensies: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. In eerste instantie wordt duidelijk gemaakt hoe deze twee markten in de literatuur worden onderscheiden. Hierna wordt gekeken naar de relevante jurisprudentie. Vervolgens wordt nagegaan wat er tijdens de interviews gezegd is met betrekking tot de relevante markt bij de inkoop van ziekenhuiszorg.

4.1 De rol van de zorgverzekeraar

Met het in werking treden van de Zorgverzekeringswet is er één zorgverzekering gekomen voor alle Nederlanders, waardoor het onderscheid tussen particulier en ziekenfonds verzekerden is komen te vervallen. De dekking van de basiszorgverzekering komt grotendeels overeen met het oude ziekenfondspakket, en wordt door de overheid vastgesteld. Naast dit basispakket kan men zich aanvullend verzekeren voor behandelingen die buiten de basiszorgverzekering vallen.¹¹⁷

Alle Nederlanders zijn verplicht zich te verzekeren voor het basispakket bij een zorgverzekeraar, en de zorgverzekeraars zijn verplicht iedereen die zich aanmeldt voor dit basispakket te accepteren. Premiedifferentiatie ten opzichte van verzekerden is hierbij verboden. Een systeem van risicoverevening¹¹⁸, met vooraf kenbare en voor iedereen gelijke criteria, moet voorkomen dat er voor de zorgverzekeraar financiële nadelen voortvloeien uit een onevenwichtige verdeling van verzekeringsrisico's als gevolg van de acceptatieplicht.¹¹⁹

Sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet zijn er verschillende soorten polissen mogelijk. Aan de ene kant is de zuivere “zorg in natura polis” mogelijk, waarbij de verzekerde kan kiezen voor zorg in natura bij aanbieders waarmee de zorgverzekeraar een contract heeft afgesloten. De andere kant biedt de “restitutiepolis”, waarbij de verzekerde kiest voor een kostenvergoeding van zelf gekozen aanbieders. Verzekeraars hebben ook de mogelijkheid om een combinatie van beide typen aan te bieden.¹²⁰

Iedere verzekerde kan naast de basisverzekering ook een aanvullende verzekering afsluiten. De verzekerde is hierbij niet gebonden aan de zorgverzekeraar waarbij de hoofdverzekering is gesloten. Voor de aanvullende verzekeringen geldt echter geen acceptatieplicht.

Volgens artikel 29 van de Zorgverzekeringswet moet een zorgverzekeraar landelijk werken, tenzij hij minder dan 850.000 verzekerden heeft. In dat geval mag de zorgverzekeraar het

¹¹⁶ NMa 2002.

¹¹⁷ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹¹⁸ Risicoverevening houdt in dat verzekeraars met relatief veel hoge risico's financieel gecompenseerd worden. Risicoverevening verkleint de prikkels voor verzekeraars om risicoselectie toe te passen, dat wil zeggen om minder aantrekkelijke verzekerden te weren. Wanneer de baten van risicoselectie voor de verzekeraar klein zijn, zal hij zich vooral richten op het contracteren van een doelmatige zorgverlening (NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ).

¹¹⁹ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹²⁰ Artikel 11 Zvw.

werkgebied beperken tot minimaal één hele provincie. Per provincie mag de premie van de basisverzekering door de zorgverzekeraar worden gedifferentieerd.¹²¹

4.2 Regionaal mechanisme

Zorgverzekeraars kunnen voornamelijk inkoopvoordelen behalen bij de inkoop van zorg ten behoeve van de naturapolis. Als een verzekeraar in een bepaald gebied een aantrekkelijke naturapolis aan kan bieden, kan hij een grote massa verzekerden binnen dat gebied aan zich binden. Voor het bieden van deze aantrekkelijke polis zijn voor de verzekeraar gunstige afspraken met de regionale zorgaanbieders nodig.¹²²

In een uitspraak van de NMa in de zaak betreffende de voorgenomen overname van zorgverzekeraar OZ door CZ, wordt het regionaal mechanisme omschreven als “het mechanisme dat verzekeraars met sterke regionale posities beter zijn staat zijn dan andere, in die regio kleinere, verzekeraars dan wel verzekeraars die in die regio nog niet actief zijn, gunstigere onderhandelingsresultaten op het gebied van de inkoop van zorg te boeken”.¹²³ Deze voordelen kunnen vervolgens door de dominante zorgverzekeraar worden benut door het aanbieden van gunstige polissen, bestemd voor verzekerden woonachtig in het betreffende gebied. Hierbij kan de verzekeraar proberen de verzekerden te sturen naar de zorgverleners waarmee de gunstige inkoopcontracten zijn afgesloten.¹²⁴

Wanneer dit regionaal mechanisme zich voordoet, zullen inwoners van de betreffende regio in beginsel een voorkeur hebben voor de regionale zorgpolis van de dominante regionale zorgverzekeraar. Hierdoor wordt het voor andere zorgverzekeraars moeilijker om een concurrerende naturapolis aan te bieden, omdat deze is gebaseerd op inkoopvoordelen die zij vanwege hun beperktere omvang in die regio niet kunnen behalen. De dreiging van actuele en potentiële concurrentie binnen de regio wordt hiermee beperkt, waardoor voor de sterke regionale zorgverzekeraar de mogelijkheid ontstaat om zich onafhankelijk van concurrenten en verzekerden te gaan gedragen.¹²⁵

4.3 De relevante markt

Om te bepalen of er sprake is van een economische machtspositie moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Vooral bij grote marktpartijen speelt hier het probleem dat er veelal meerdere producten worden aangeboden en ingekocht. Verder wordt de geografische markt voor zo'n onderneming bepaald door de inkoopmarkt en de verkoopmarkt die een verschillende grootte kunnen hebben. Zo kan een zorgverzekeraar de verzekeringen op de nationale markt afzetten, terwijl de zorgverleners (vooral in het verleden) vaak op de lokale markt worden gecontracteerd.¹²⁶

¹²¹ Artikel 29 Zvw.

¹²² NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹²³ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ, punt 24.

¹²⁴ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹²⁵ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹²⁶ SER 2003.

De relevante markt bestaat uit twee dimensies: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt.¹²⁷ In de rest van dit hoofdstuk worden deze twee dimensies verder uitgewerkt. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de zorgverzekeringsmarkt en de zorginkoopmarkt.¹²⁸ Bij het vaststellen van de relevante markten wordt gebruik gemaakt van de literatuur, de jurisprudentie en de resultaten uit de interviews.

4.4 De relevante productmarkt

“Bij de afbakening van de relevante productmarkt neemt men de goederen of diensten die door de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedragingen van ondernemingen worden beïnvloed als uitgangspunt. Onderzocht wordt tot welke relevante productmarkt deze producten behoren”.¹²⁹ Concurrentiedruk wordt uitgeoefend door producten die tot dezelfde productmarkt horen. Hierdoor is de relevante productmarkt de kleinst mogelijke markt waarop een onderneming die een monopolie op die markt zou verwerven aan geen of slechts aan weinig concurrentiedruk door producten van andere ondernemingen onderhevig zou zijn. Deze monopolist zou door het ontbreken van concurrentie de prijs duurzaam en significant kunnen verhogen. Als de afnemers door deze prijsverhoging overstappen op andere producten, behoren ook deze producten tot de relevante productmarkt. Ze vormen dan substituten.¹³⁰ Concurrentie tussen instellingen vindt dus plaats wanneer zij gelijksoortige producten of diensten produceren.¹³¹

Als de afnemer van een bepaald product de mogelijkheid heeft om op een ander product over te stappen, wordt dat vraagsubstitutie genoemd. Vraagsubstitutie is de belangrijkste bron van concurrentiedruk op de aanbieders van een product. Concurrentiedruk kan ook ontstaan doordat bepaalde ondernemingen, die nu nog andere goederen produceren, gemakkelijk en snel het betreffende product op de markt zouden kunnen brengen, omdat zij hiervoor alle bronnen en expertise in huis hebben. Dit wordt aanbods substitutie genoemd.¹³²

Voor de beoordeling van de positie van ondernemingen bij de inkoop van producten – zoals bij de inkoop van ziekenhuiszorg door de zorgverzekeraar – moet de marktafbakening anders benaderd worden. Er moet in deze situatie worden bekeken wat de uitwijkmogelijkheden voor de aanbieders zijn, en welke ondernemingen bij de inkoop met elkaar concurreren om de beste bronnen en de beste condities.¹³³

In de zorg kunnen verschillende categorieën productmarkten worden onderscheiden, waaronder zorgverzekeringsmarkten, zorgmarkten en zorginkoopmarkten.¹³⁴ Zorgverzekeringsmarkten zijn markten waarop consumenten bij zorgverzekeraars verzekeringen afsluiten ter dekking van het financiële risico ten gevolge van ziekte, en zorgmarkten zijn markten waarop zorgaanbieders patiënten behandelen. In dit onderzoek is vooral de derde categorie van belang: de zorginkoopmarkten. Op deze zorginkoopmarkten treden de zorgaanbieders op als aanbieders,

¹²⁷ NMa 2002, p. 19.

¹²⁸ De markt waarop de zorgaanbieder en de zorgvrager met elkaar onderhandelen (de zorgmarkt) is in het licht van dit onderzoek niet van belang.

¹²⁹ NMa 2002, p.19.

¹³⁰ NMa 2002.

¹³¹ Slot e.a. 2005.

¹³² NMa 2002.

¹³³ NMa 2002.

¹³⁴ Schut & Van de Ven 2000.

en de zorgverzekeraars als afnemers. De verzekeraars kopen immers zorg in voor hun verzekerden.¹³⁵ Als een zorgverzekeraar echter enkel restitutiepolissen aanbiedt is de verzekeringsaanspraak geformuleerd als een recht op schadevergoeding. De rol van de verzekeraar beperkt zich dan tot het betalen van de gemaakte kosten voor de zorgverlening, en er worden doorgaans geen contracten met zorgaanbieders gesloten. In deze situatie bestaan er dus geen zorginkoopmarkten.

4.5 De relevante productmarkt met betrekking tot zorgverzekeringen

In verschillende uitspraken van de NMa met als belangrijkste partijen zorgverzekeraars, is een onderscheid gemaakt tussen de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen en de markt voor inkoop van zorg.¹³⁶ Deze verdeling zal hier ook worden aangehouden. In deze paragraaf wordt getracht de relevante productmarkt met betrekking tot de zorgverzekeringsmarkt af te bakenen. Hierbij wordt gekeken naar de situatie waarbij de zorgverzekeraar ziekenhuiszorg inkoop bij het ziekenhuis.

4.5.1 Literatuur

In de Richtsnoeren van de NMa is te lezen dat zorgverzekeringsmarkten markten zijn “waarop consumenten bij zorgverzekeraars verzekeringen afsluiten ter dekking van het financiële risico ten gevolge van ziekte (bijvoorbeeld ziekenfondsverzekeringen, particuliere ziektekostenverzekeringen en aanvullende verzekeringen)”.¹³⁷ Er wordt ook gesteld dat er afzonderlijke markten bestaan voor het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen en het aanbieden van particuliere ziektekostenverzekeringen.¹³⁸ Dit onderscheid is echter niet meer relevant sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet.

4.5.2 Jurisprudentie

De NMa heeft in eerdere besluiten¹³⁹ geoordeeld dat er, gezien de grote verschillen met betrekking tot de verzekerde risico's, aparte markten bestaan voor verschillende typen verzekeringen, zoals levensverzekeringen, schadeverzekeringen en ziektekostenverzekeringen. De markt voor ziektekostenverzekeringen kan weer worden onderverdeeld in de markt voor particuliere ziektekostenverzekeringen en de markt voor ziekenfondsverzekeringen.¹⁴⁰

Zoals opgemerkt heeft de marktafbakening tussen particuliere en ziekenfondsverzekeringen uit eerdere besluiten¹⁴¹ haar relevantie verloren op het moment dat de Zorgverzekeringswet in

¹³⁵ NMa 2002.

¹³⁶ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹³⁷ NMa 2002, punt 73.

¹³⁸ NMa 2002, p. 20.

¹³⁹ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹⁴⁰ Er zijn tot op heden nog geen uitspraken gedaan over de zorgverzekeraars zoals zij per 1 januari 2006 werkzaam zijn. In dit onderzoek wordt dan ook gebruik gemaakt van jurisprudentie van voor de invoering van de Zorgverzekeringswet. Hierdoor komt het onderscheid tussen particuliere ziektekostenverzekeraars en ziekenfondsen regelmatig ter sprake. De gevonden resultaten worden zoveel mogelijk vertaald naar de huidige situatie.

¹⁴¹ Onder andere de zaken 4667/7, 4243, 4093 en 2324.

werking is getreden.¹⁴² De consument heeft echter nog wel de keuze uit de verschillende typen verzekeringen die door de verzekeraar worden aangeboden (natura, restitutie of een combinatie van beide), en de zorgverzekeraar kan kiezen of hij zijn zorgplicht vorm wil geven door het contracteren van zorgaanbieders (natura) of het betalen van de kosten van een door de verzekerde uitgekozen zorgaanbieder (restitutie). Ook hierbij is een combinatie van beide mogelijkheden een optie.¹⁴³

In verschillende zaken met betrekking tot concentraties van zorgverzekeraars¹⁴⁴ gaat de NMa bij het bepalen van de relevante productmarkt voor de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen dan ook uit van de markt voor zorgverzekeringen als relevante productmarkt. Hierbij wordt de kanttekening gemaakt dat met de invoering van de Zorgverzekeringswet één of meer van onderstaande onderscheiden relevant kunnen worden, te weten basiszorgverzekering en aanvullende verzekering, naturapolis en restitutiepolic, individueel verzekerden en collectiviteiten en tenslotte *direct writing* (het rechtstreeks aanbieden door de verzekeraar) en het aanbieden via een tussenpersoon.¹⁴⁵

4.5.3 Interviews

De resultaten uit de interviews bieden geen nieuwe inzichten.

4.5.4 Tussenconclusie

De markt voor zorgverzekeringen kan worden gezien als de relevante productmarkt op de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen. Op deze markt kunnen wel verschillende onderscheiden worden gemaakt. Deze onderscheiden zijn echter niet relevant bij het bepalen van de productmarkt met betrekking tot zorgverzekeringen, daar waar het gaat om de inkoop van ziekenhuiszorg door zorgverzekeraars.

4.6 De relevante productmarkt met betrekking tot de zorginkoop

In deze paragraaf wordt getracht de relevante productmarkt met betrekking tot de zorginkoopmarkt te bepalen. Hierbij wordt wederom gekeken naar de situatie waarbij de zorgverzekeraar ziekenhuiszorg inkoop bij het ziekenhuis.

4.6.1 Literatuur

Op de zorginkoopmarkten treden de zorgaanbieders op als aanbieders, en de verzekeraars als vragers. In de Richtsnoeren staat dat “het begrip zorginkoopmarkt wordt gebruikt om aan te geven dat het gaat om de relatie zorgaanbieder-ziekenfonds, en niet om de relatie zorgaanbieder-patiënt (waar reeds het begrip zorgmarkt voor is gebruikt)”.¹⁴⁶ In dit citaat dient de term ziekenfonds uiteraard te worden vervangen door zorgverzekeraar.

¹⁴² NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹⁴³ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

¹⁴⁴ NMa, zaak 5052/32 en 2052/92, CZ-OZ, NMa, zaak 4667/7, *Achmea-OZF-OZB*, NMa, zaak 4093, *ONVZ-Zwolsche Algemeene*, NMa, zaak 5105/59, *VGZ/IZA-Trias*.

¹⁴⁵ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ, NMa, zaak 5160/9, *Trias/MVZ*.

¹⁴⁶ NMa 2002, punt 79.

Wanneer de verzekeringsaanspraak is geformuleerd als een recht op schadevergoeding wordt dit een restitutiesysteem genoemd. Hierbij hoeft de zorgverzekeraar slechts de gemaakte kosten van de zorgverlening te betalen, en worden meestal geen contracten met zorgverleners afgesloten. In dat geval bestaan er dus geen zorginkoopmarkten.¹⁴⁷

Er bestaan afzonderlijke productmarkten voor de verschillende soorten zorg, geleverd door de verschillende beroepsgroepen. De reden hiervoor is dat deze vormen van zorg voor patiënten niet of nauwelijks uitwisselbaar zijn.¹⁴⁸

Bij de onderhandelingen tussen de ziekenhuizen en de zorgverzekeraars wordt onderhandeld over de prijzen van de zorg die is opgenomen in het B-segment. Zorgverzekeraars Nederland (ZN) schrijft dat “bij het opstellen van de criteria voor de samenstelling van de segment B lijst zo goed mogelijk gekeken is of er sprake was van eenvoudige, electieve ingrepen verspreid over zo veel mogelijk specialismen, een substantieel kostenbeslag van ieder specialisme en macro niet meer dan 10% van de ziekenhuiskosten”.¹⁴⁹

4.6.2 Jurisprudentie

Uit de jurisprudentie blijkt ook dat het voor de inkoop van zorg denkbaar is dat de markt nader gesegmenteerd dient te worden, bijvoorbeeld naar het type beroepsgroep, type instelling of type hulpmiddel.¹⁵⁰

In de meeste zaken wordt een exacte afbakening van de markt voor de inkoop van zorg naar type zorg in het midden gelaten, “aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed”.¹⁵¹

Zowel in het vergunningsbesluit *CZ-OZ*¹⁵² als in het besluit *VGZ/IZA-Trias*¹⁵³ wordt gesteld dat “gezien de nauwe samenhang tussen de inkoopmarkt(en) voor zorg en de mogelijke markt(en) voor zorgverzekeringen in natura, het redelijk is te veronderstellen dat de huidige marktpositie van partijen op de markt(en) voor inkoop van zorg vergelijkbaar zullen zijn met die op de toekomstige zorgverzekeringsmarkt(en)”.¹⁵⁴

4.6.3 Interviews

Uit de interviews blijkt dat er niet alleen over het B-segment, maar ook over het A-segment wordt onderhandeld. De zorgverzekeraar geeft aan dat deze onderhandelingen over hoeveelheden gaan: hoeveel productie mag er gedraaid worden dat jaar, hoeveel specialistenplaatsen mogen er worden ingevuld. Dit zijn ook geen één op één onderhandelingen, omdat zowel de grootste zorgverzekeraar uit de regio als de regiovertegenwoordiging bij het ziekenhuis om de tafel zitten. De uitkomsten van de onderhandelingen gaan in een productieafsprakenformulier naar het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG), waarna het budget wordt vastgesteld. De verzekeraars betalen vervolgens op basis van de DBC's die hun verzekerden in het ziekenhuis

¹⁴⁷ NMa 2002, p. 21.

¹⁴⁸ NMa 2002, p. 20.

¹⁴⁹ Zorgverzekeraars Nederland 2004.

¹⁵⁰ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, *CZ-OZ*, NMa, zaak 5160/9, *Trias-MVZ*.

¹⁵¹ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, *CZ-OZ*, NMa, zaak 5160/9, *Trias-MVZ*.

¹⁵² NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, *CZ-OZ*.

¹⁵³ NMa, zaak 5105/59, *VGZ/IZA-Trias*.

ondergaan. Deze DBC's in het A-segment hebben vaste prijzen. De zorgverzekeraar denkt dat een groot deel van de prijzen van de zorg in het A-segment op den duur onderhandelbaar zullen worden. Wel blijft er waarschijnlijk altijd een deel A-segment bestaan met hierin de spoed- en de onverzekerbare zorg.¹⁵⁵

In het B-segment wordt onderhandeld over prijs, kwaliteit en hoeveelheden.¹⁵⁶ Het ziekenhuis geeft aan dat de meeste aandacht bij de onderhandelingen uitgaat naar de prijs.¹⁵⁷ Vektis voegt hier aan toe dat kwaliteit heel moeilijk te meten is, en de patiëntenstroom heel moeilijk te beïnvloeden.¹⁵⁸ Als het over kwaliteit gaat spelen toegangstijden een belangrijke rol.¹⁵⁹

Het B-segment beslaat ongeveer 10% van de omzet van een ziekenhuis.¹⁶⁰ In dit segment zit over het algemeen planbare zorg, waarvan het redelijk eenvoudig is om de kostprijs te bepalen.¹⁶¹

4.6.4 Tussenconclusie

Voor verschillende soorten zorg kunnen verschillende productmarkten worden onderscheiden. De relevante productmarkt met betrekking tot de inkoop van ziekenhuiszorg zoals bedoeld in dit onderzoek wordt gevormd door de DBC's in het B-segment. In dit segment zitten eenvoudige en electieve ingrepen. Het B-segment beslaat ongeveer 10% van de kosten van het ziekenhuis.

Tussen de zorgverzekeraars en de ziekenhuizen wordt ook onderhandeld over de zorg in het A-segment, maar in tegenstelling tot het B-segment gaat het bij deze onderhandelingen niet over geld. In het kader van dit onderzoek is deze productmarkt dan ook niet interessant.

4.7 De relevante geografische markt

De relevante geografische markt is het gebied waarin ondernemingen zijn gevestigd die met elkaar concurreren en waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende gelijk zijn. Hierbij is het van belang van welke ondernemingen en/of producten de concurrentiedruk uitgaat.¹⁶²

Voor patiënten speelt de fysieke afstand een belangrijke rol bij de keuze voor een bepaalde zorgaanbieder. Aangezien de zorgverzekeraars bij het contracteren van zorg gestuurd worden door de behoeften van hun verzekerden, dient er bij het afbakenen van de relevante geografische markt van zowel de zorgmarkten als de zorginkoopmarkten te worden gekeken hoe groot de afstand is die de consument/patiënt bereid is of geacht kan worden af te leggen voor het bezoek aan de zorgaanbieder (of andersom). De grootte van deze afstand hangt onder andere af van de soort zorg en de gemiddelde bezoekfrequentie. Zo is de behoefte aan huisartsenzorg over het algemeen lokaal/regionaal, terwijl voor bijvoorbeeld ziekenhuiszorg de geografische markt waarschijnlijk groter is. Dit laatste heeft verschillende oorzaken: zo kan de spoedeisendheid van de dienstverlening minder van belang zijn, men hoeft een bepaalde

¹⁵⁴ NMa, zaak 5105/59, *VGZ/IZA-Trias*, punt 18.

¹⁵⁵ Interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁵⁶ Interview Vektis 2006, interview Ziekenhuis 2006, interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁵⁷ Interview Ziekenhuis 2006.

¹⁵⁸ Interview Vektis 2006.

¹⁵⁹ Interview Ziekenhuis 2006

¹⁶⁰ Interview Ziekenhuis 2006, interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁶¹ Interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁶² NMa 2002.

zorgaanbieder minder frequent op te zoeken of het gaat om zeer specialistische zorg waarbij de kwaliteit van dienstverlening van groter belang is dan de reistijd.¹⁶³

4.8 De relevante geografische markt met betrekking tot zorgverzekeringen

In deze paragraaf wordt getracht de relevante geografische markt met betrekking tot zorgverzekeringen aan te duiden. Hierbij wordt gekeken hoe groot de markt is waarop verzekeringen worden afgezet.

4.8.1 Literatuur

De relevante geografische markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen is volgens de NMa landelijk, aangezien elke zorgverzekeraar door geheel Nederland zijn verzekeringen kan aanbieden. Consumenten kunnen tevens bij elke zorgverzekeraar een verzekering afsluiten, door de wettelijk vastgestelde acceptatieplicht.¹⁶⁴

Een mededingingsrechtelijke beoordeling is echter niet statisch, waardoor er per zaak moet worden bekeken in hoeverre er aanleiding is voor een andere afbakening van de relevante geografische markt. Als een zorgverzekeraar die alleen natura polissen aanbiedt er niet aan kan voldoen om in elke regio voldoende contracten met zorgaanbieders af te sluiten, zou dit deze verzekeraar kunnen belemmeren om landelijk werkzaam te zijn. Dit zou een aanleiding kunnen zijn om de geografische afbakening van de relevante markt te heroverwegen.¹⁶⁵

4.8.2 Jurisprudentie

In onder andere het besluit van de NMa inzake de overname van OZ door CZ wordt bij het bepalen van de relevante geografische markt reeds uitgegaan van de situatie vanaf 1 januari 2006.¹⁶⁶ Dit is ook voor dit onderzoek noodzakelijk, aangezien er nog geen jurisprudentie bestaat van na de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet.

In meerdere uitspraken wordt gesteld dat hoewel een aantal argumenten wijzen op een landelijke zorgverzekeringsmarkt, er een grote kans bestaat dat de zorgverzekeringsmarkt bestaat uit regionale markten, in het bijzonder in die regio's waarin hoge marktaandelen bestaan of ontstaan. Hierbij kan sprake zijn van verschillende mogelijke regionale markten. Als mogelijkheden voor relevante regionale geografische markten worden onder andere genoemd de provinciale markten en de voormalige kernwerkgebieden van de zorgverzekeraars.¹⁶⁷

In een aantal zaken wordt in het midden gelaten of voor de geografische markt voor zorgverzekeringen dient te worden uitgegaan van een landelijke markt, een provinciale markt dan wel (delen van) voormalige kernwerkgebieden (van voormalige ziekenfondsen), "aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed".¹⁶⁸

¹⁶³ NMa 2002.

¹⁶⁴ NMa 2002.

¹⁶⁵ NMa 2002.

¹⁶⁶ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ, zie ook NMa, zaak 5160/9, *Trias-MVZ*.

¹⁶⁷ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ, punt 50-66, NMa, zaak 5160/9, *Trias-MVZ*, punt 19-20, NMa, zaak 5105/59, *VGZ/IZA-Trias*.

¹⁶⁸ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ, NMa, zaak 5160/9, *Trias-MVZ*.

In de zaak *VGZ/IZA-Trias*¹⁶⁹ staat dat de wettelijke eis dat minimaal een provinciale polis moet worden aangeboden, de aanwijzing geeft dat de relevante geografische markt minimaal een provincie zal beslaan. Er worden echter ook redenen aangedragen waardoor er van kleiner dan provinciale markten moet worden uitgegaan. Dit zou bijvoorbeeld kunnen doordat zorgverzekeraars vaak nog een groot marktaandeel hebben in hun voormalige kernwerkgebieden.¹⁷⁰ In deze situatie kan het regionaal mechanisme een grote rol gaan spelen.

4.8.3 Interviews

Door Vektis wordt onderzoek gedaan naar onder andere de percentages van de verzekerden per zorgverzekeraar per regio. Per postcode weet Vektis hoeveel verzekerden iedere verzekeraar daar heeft. De verzekeraar met de meeste verzekerden is de dominante zorgverzekeraar in die gemeente.¹⁷¹ Er komen steeds meer landelijk werkende zorgverzekeraars. Toch is er in veel gemeenten nog steeds één zorgverzekeraar die ruim 70% marktaandeel heeft. Volgens Vektis komt dit “omdat tien jaar geleden ieder ziekenfonds nog zijn eigen gebied had. Je mocht toen niet kiezen bij welk ziekenfonds je verzekerd was, dus er waren toen marktaandelen van 100%. Die ziekenfondsen zijn nu vaak nog steeds de dominante verzekeraar in het betreffende gebied”. In een aantal gemeenten zijn van oudsher meerdere ziekenfondsen of zorgverzekeraars actief, waardoor de marktaandelen hier kleiner zijn.¹⁷²

4.8.4 Tussenconclusie

Volgens de NMa is de markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen landelijk. Wel wordt hierbij de opmerking geplaatst dat er per zaak moet worden gekeken of er aanleiding is om de geografische afbakening van de relevante markt te heroverwegen. Dit wordt ook bevestigd door de jurisprudentie, waaruit blijkt dat er een grote kans bestaat dat de zorgverzekeringsmarkt bestaat uit regionale markten. Dit zouden provinciale markten kunnen zijn, of de voormalige kernwerkgebieden van de zorgverzekeraars. In de interviews komt naar voren dat de zorgverzekeraars veelal dominant zijn in de gebieden waar ze van oudsher werkzaam zijn.

4.9 De relevante geografische markt met betrekking tot de zorginkoop

In deze paragraaf wordt de relevante geografische markt met betrekking tot de inkoop van ziekenhuiszorg in het B-segment door de zorgverzekeraars beschreven.

4.9.1 Literatuur

De fysieke afstand tot de zorgaanbieder is voor patiënten een belangrijke factor bij de keuze voor een bepaalde zorgaanbieder. Om de relevante geografische markt voor de inkoop van zorg

¹⁶⁹ NMa, zaak 5105/59, *VGZ/IZA-Trias*.

¹⁷⁰ NMa, zaak 5105/59, *VGZ/IZA-Trias*.

¹⁷¹ Op deze manier is ook het plaatje op de voorkant van dit onderzoek tot stand gekomen. De gegevens dateren uit 2004, omdat deze gegevens nu niet meer verstrekt worden. Volgens Vektis is deze informatie te gevoelig voor concurrentie. Het plaatje is echter sinds 2004 niet heel erg gewijzigd.

¹⁷² Interview Vektis 2006.

af te bakenen dient derhalve te worden gekeken hoe groot de afstand is die de patiënt bereid is of geacht kan worden af te leggen voor het bezoek aan de zorgaanbieder.¹⁷³

Om de relevante markt met betrekking tot de inkoop van ziekenhuiszorg in het B-segment te bepalen moet worden gekeken hoe ver de patiënten gemiddeld reizen voor deze zorg. Het RIVM heeft in 2001 bekeken wat de gemiddelde reistijd van mensen in heel Nederland tot het dichtstbijzijnde ziekenhuis is. Hieruit bleek dat ruim 60% van de bevolking binnen tien minuten in een ziekenhuis kan zijn. Slechts 0,4% van de bevolking is langer dan een half uur onderweg. Bij dit onderzoek van het RIVM is uitgegaan van de ziekenhuizen die zorg leveren voor veel voorkomende, planbare en niet-complexe aandoeningen.¹⁷⁴ In deze categorie valt dus veel zorg die is opgenomen in het B-segment.¹⁷⁵

4.9.2 Jurisprudentie

In de jurisprudentie wordt er van uit gegaan dat ten aanzien van de markt(en) voor de inkoop van zorg door de verzekeraars, de geografische markt(en) afhankelijk is/zijn van de soort zorg en de gemiddelde bezoekfrequentie. Hierbij wordt in het midden gelaten of er sprake is van nationale, regionale of lokale markten.¹⁷⁶

Genoemd wordt dat bovenstaande analyse ook na de invoering van de Zorgverzekeringswet relevant is voor de zorgverzekeringen waarin (een deel) van de zorg in natura wordt aangeboden.¹⁷⁷

In de zaak *Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord*¹⁷⁸ is onderzocht wat de gemiddelde reistijd van patiënten van een ziekenhuis naar het eigen ziekenhuis is. Hieruit kwam een gemiddelde reistijd van 28 minuten.¹⁷⁹

4.9.3 Interviews

Omdat de zorg wordt ingekocht voor de verzekerden van de zorgverzekeraar, is aan de verschillende deelnemers gevraagd of de verzekerden vaak naar ziekenhuizen in hun eigen omgeving gaan.¹⁸⁰ Vektis heeft ooit een onderzoek gedaan waaruit blijkt dat verzekerden over het algemeen naar een ziekenhuis in de buurt gaan.¹⁸¹ Het ziekenhuis geeft aan dat de meeste

¹⁷³ NMa 2002, punt 85-86.

¹⁷⁴ RIVM 2001.

¹⁷⁵ Interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁷⁶ NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ, NMa, zaak 5160/9, *Trias-MVZ*, NMa, zaak 3892, *Amicon/DKV* en NMa, zaak 2324, *Amicon Groep-Het Anker*.

¹⁷⁷ NMa, zaak 5160/9, *Trias/MVZ*, punt 21-22.

¹⁷⁸ NMa, zaak 3897/45 en 3897/156, *Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord*.

¹⁷⁹ NMa, zaak 3897/156, *Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord*, tabel 1.

¹⁸⁰ Omdat de dominante zorgverzekeraar wordt bepaald met behulp van het aantal verzekerden in een bepaald gebied, wordt met deze vraag impliciet gevraagd of de verzekerden meestal naar ziekenhuizen gaan in het gebied waar de betreffende zorgverzekeraar dominant is.

¹⁸¹ Hierbij wordt wel de kanttekening gemaakt dat wanneer een verzekeraar 70% marktaandeel heeft in een regio, en van die regio gaat 70% van de mensen naar het betreffende ziekenhuis, het marktaandeel van de verzekeraar in dat ziekenhuis ongeveer 50% is. Dit voorbeeld ligt dicht bij de realiteit: verzekeraars hebben vaak niet meer dan 50% marktaandeel binnen één ziekenhuis (interview Vektis 2006).

patiënten afkomstig zijn uit de gemeente waarin het ziekenhuis ligt of de naburige gemeente.¹⁸² Dit wordt door de zorgverzekeraar bevestigd.¹⁸³

De huisarts schijnt een grote rol te spelen bij de keuze voor een bepaald ziekenhuis. Hierdoor nemen de sturingsmogelijkheden voor zorgverzekeraars af. Als er echter wachtlijsten zijn in het betreffende ziekenhuis, kan de rol van de verzekeraar toenemen door hun bemiddelingsfunctie voor de wachtlijsten.¹⁸⁴

Voor het bepalen van de geografische markt is het belangrijk om te kijken op welke schaal de zorgverzekeraars onderhandelen met de ziekenhuizen. De ondervraagde zorgverzekeraar onderhandelt met alle ziekenhuizen in Nederland. De meeste onderhandelingen verlopen per e-mail. Enkel bij ziekenhuizen waar de zorgverzekeraar een marktaandeel van meer dan 5% heeft, gaat de verzekeraar daadwerkelijk met het ziekenhuis om de tafel zitten.¹⁸⁵

In tegenstelling tot de zorgverzekeraar geeft het ziekenhuis aan met slechts acht verzekeraars te onderhandelen. De rest van de zorgverzekeraars betaalt bij hen gewoon het passantentarium.¹⁸⁶ Dit is meteen de reden dat de ondervraagde zorgverzekeraar altijd contact opneemt met elk ziekenhuis, omdat je op deze manier altijd minder betaalt dan het passantentarium.¹⁸⁷

In Nederland zijn verschillende inkoopcombinaties van zorgverzekeraars actief.¹⁸⁸ Dit zijn samenwerkingsverbanden van verschillende zorgverzekeraars, die gezamenlijk zorg inkopen in de verre gebieden.¹⁸⁹

4.9.4 Tussenconclusie

Om de relevante geografische markt voor de inkoop van zorg af te bakenen moet worden gekeken hoe groot de afstand is die de patiënt bereid is af te leggen voor het bezoek aan de zorgaanbieder. Uit de literatuur blijkt dat ruim 60% van de bevolking binnen tien minuten in het dichtstbijzijnde ziekenhuis kan zijn. Uit de jurisprudentie komt een gemiddelde reistijd van 28 minuten, maar hierbij hoort de kanttekening dat in dat onderzoek slechts een klein deel van de ziekenhuizen is betrokken. Ook is hier gekeken naar het "eigen" ziekenhuis, dus het ziekenhuis waar mensen het liefst naar toe gaan. Dit hoeft niet per definitie het dichtstbijzijnde ziekenhuis te zijn, hoewel uit de interviews blijkt dat mensen wel een voorkeur hebben voor ziekenhuizen in hun eigen omgeving.

De schaal waarop zorgverzekeraars onderhandelen met de ziekenhuizen is ook belangrijk voor het vaststellen van de relevante geografische markt. De zorgverzekeraar zegt te onderhandelen met alle ziekenhuizen in Nederland, terwijl het ziekenhuis aangeeft slechts met acht zorgverzekeraars om de tafel te gaan.

¹⁸² Interview Ziekenhuis 2006.

¹⁸³ Interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁸⁴ Interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁸⁵ Interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁸⁶ Interview Ziekenhuis 2006.

¹⁸⁷ Interview Zorgverzekeraar 2006.

¹⁸⁸ Bijvoorbeeld Multizorg en de Vereniging Regionale Zorgverzekeraars (VRZ).

4.10 Conclusie

Een economische machtspositie ontstaat wanneer een verzekeraar de mogelijkheid heeft om zich onafhankelijk van concurrenten en verzekerden te gaan gedragen. Om te bepalen of een zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft, moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Deze markt bestaat uit twee dimensies: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt.

Bij de afbakening van de relevante productmarkt wordt gekeken naar de goederen of diensten die door de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedragingen van ondernemingen worden beïnvloed. In dit onderzoek zijn twee productmarkten relevant, te weten de markt voor de inkoop van zorg en de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen.

Uit dit onderzoek blijkt dat de markt voor zorgverzekeringen kan worden gezien als de relevante productmarkt op de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen. Op deze markt kunnen wel verschillende onderscheiden worden gemaakt. Deze onderscheiden zijn echter niet relevant bij het bepalen van de productmarkt met betrekking tot zorgverzekeringen, daar waar het gaat om de inkoop van ziekenhuiszorg door zorgverzekeraars.

De relevante productmarkt met betrekking tot de zorginkoop wordt in dit onderzoek gevormd door de DBC's in het B-segment. Hierin zitten eenvoudige en electieve ingrepen, die ongeveer 10% van de kosten van het ziekenhuis beslaan. Tussen de zorgverzekeraars en de ziekenhuizen wordt ook onderhandeld over de zorg in het A-segment, maar in tegenstelling tot het B-segment gaat het bij deze onderhandelingen niet over geld. In het kader van dit onderzoek is deze productmarkt dus niet interessant.

Bij het vaststellen van de relevante geografische markt wordt gekeken naar het gebied waarin ondernemingen zijn gevestigd die met elkaar concurreren, en waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende gelijk zijn. Hierbij is het van belang van welke ondernemingen en/of producten de concurrentiedruk uitgaat. Ook de geografische markt wordt in dit onderzoek opgedeeld in de markt voor zorginkoop en de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen.

De markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen zou landelijk kunnen zijn, maar er bestaat een grote kans dat de zorgverzekeringsmarkt bestaat uit regionale markten. Dit zouden provinciale markten kunnen zijn, of de voormalige kernwerkgebieden van de zorgverzekeraars. De zorgverzekeraars zijn veelal dominant in de gebieden waar ze van oudsher werkzaam zijn, de voormalige kernwerkgebieden.

Voor het afbakenen van de relevante geografische markt voor de inkoop van zorg wordt gekeken hoe groot de afstand is die de patiënt bereid is af te leggen voor het bezoek aan de zorgaanbieder. Uit onderzoek blijkt dat mensen een voorkeur hebben voor ziekenhuizen in hun eigen omgeving, en dat ruim 60% van de bevolking binnen tien minuten in een ziekenhuis in de buurt kan zijn. De schaal waarop zorgverzekeraars onderhandelen met de ziekenhuizen is echter ook belangrijk voor het vaststellen van de relevante geografische markt. Uit het onderzoek komt op dit punt geen eenduidig antwoord, waardoor deze markt lijkt te variëren van regionaal tot landelijk.

¹⁸⁹ Interview Zorgverzekeraar 2006.

5. De economische machtspositie

In dit hoofdstuk wordt het begrip economische machtspositie toegelicht aan de hand van de literatuur en de bestaande jurisprudentie. Vervolgens wordt met behulp van empirisch onderzoek onderzocht of zorgverzekeraars een economische machtspositie hebben bij de activiteiten rond de inkoop van ziekenhuiszorg.

5.1 Machtspositie

Een economische machtspositie is volgens artikel 1 van de Mededingingswet een “positie van één of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of hun eindgebruikers te gedragen”.¹⁹⁰

Voor de bepaling van een economische machtspositie zal eerst de relevante markt moeten worden afgebakend. Hierna kan aan de hand van de marktstructuur worden vastgesteld of er op die markt sprake is van een machtspositie. Hierbij wordt in eerste instantie gekeken naar de marktaandelen.¹⁹¹ Zo leveren volgens het Hof van Justitie van de EG zeer aanzienlijke marktaandelen (50% en meer) op zichzelf al een aanwijzing van een machtspositie.¹⁹² Ook bij kleinere marktaandelen kan er sprake zijn van een machtspositie, maar dit dient dan te worden aangetoond aan de hand van toegevoegde factoren. Dit kan zijn het marktaandeel van de betreffende onderneming ten opzichte van de marktaandelen van concurrenten, of de mate waarin afnemers en leveranciers afhankelijk zijn van de betreffende onderneming.¹⁹³

Het vaststellen van het marktaandeel is dus een belangrijke stap bij het bepalen van een economische machtspositie. Een zorgverzekeraar zal in zijn kernwerkgebied vaak beschikken over een groot marktaandeel (in veel gevallen hoger dan 70%) en daarmee over een sterke positie op de markt(en) voor de inkoop van zorg. Er kan dus sprake zijn van inkoopmacht, maar er moet altijd per concrete casus worden vastgesteld of er daadwerkelijk sprake is van een economische machtspositie op de relevante markt.¹⁹⁴

Naast de marktstructuur zijn de ondernemingsstructuur (productiecapaciteit, technologische en financiële reserves, toegang tot specifieke bronnen) en het gedrag van de onderneming (uitsluiten of verdringen van concurrenten) van belang voor de bepaling van een machtspositie. Een voorbeeld hiervan zijn afnemers (consumenten en producenten) die door ongunstige leveringsvoorwaarden gebonden zijn aan een specifieke leverancier, waardoor er sprake is van een machtspositie.¹⁹⁵

¹⁹⁰ SER 1994.

¹⁹¹ NMa 2002.

¹⁹² Hierop bestaan wel uitzonderingsomstandigheden, zie het besluit van de d-g NMa van 17 mei 1999 in zaak 995, *Organisatie van Nederlandse Tandprothetici versus Zorgverzekeraars en Zorgverzekeraars Nederland (ZN)*.

¹⁹³ SER 2003, NMa 2002.

¹⁹⁴ NMa 2005: GJ 2005/72.

¹⁹⁵ SER 2003, NMa 2002.

Naast marktaandeelen en mogelijkheden voor toetreding van nieuwe aanbieders zijn voor het vaststellen van de inkoopmacht ook factoren van belang die de positie van de zorgverzekeraar kunnen relativiseren. Wanneer er bijvoorbeeld sprake is van schaarste kan de wederzijdse afhankelijkheidsrelatie tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder leiden tot een gelijkheid in (economische) macht of (wegens de zorgplicht van de zorgverzekeraar) omslaan in een situatie waarin de zorgaanbieder een economische machtspositie heeft. “Naarmate de schaarste van een bepaalde dienst groter is neemt het tegenwicht van de aanbieder van een dergelijke dienst toe”.¹⁹⁶

Concluderend kan gezegd worden dat bij het vaststellen van een economische machtspositie aan de inkoopzijde de NMa voornamelijk kijkt naar de alternatieve afzetkanalen die leveranciers hebben. Hiernaast vormt het bestaan van een mogelijke tegenmacht aan de verkoopzijde een belangrijke overweging.¹⁹⁷

5.2 De economische machtspositie in de jurisprudentie

Om een economische machtspositie aan de inkoopzijde vast te stellen is het belangrijk om te kijken naar de alternatieve afzetkanalen die de toeleveranciers hebben. Dit is ook gebeurd in de zaak *Amicon*.¹⁹⁸ Zorgverzekeraar Amicon zou als inkoper van incontinentiemateriaal misbruik maken van een economische machtspositie aan de inkoopzijde. Om vast te stellen of er sprake was van inkoopmacht moest eerst de relevante markt worden afgebakend. De markt voor incontinentiemateriaal werd bepaald als de relevante productmarkt. Op de markt voor het inkopen van incontinentiemateriaal waren echter niet alleen ziekenfondsen actief, maar ook andere zorginstellingen, zoals verpleeghuizen. Amicon vertegenwoordigde in totaal slechts 4% van de totale uitgaven voor incontinentiemateriaal. Hierdoor kon Amicon zich niet onafhankelijk gedragen ten opzichte van de producenten van incontinentiemateriaal, en nam dus ook geen economische machtspositie in. Amicon vertegenwoordigde dan wel een vraag van verzekerden die voor het merendeel in een bepaald gebied woonachtig zijn, maar toch was de markt waarop de verzekeraar het incontinentiemateriaal inkocht landelijk, waardoor zij daar geen inkoopmacht had.¹⁹⁹

Het is ook van belang of er een sterke verkoopmachtspositie is die tegenwicht biedt aan een mogelijk groot marktaandeel aan de inkoopzijde. Wanneer dit het geval is, is het kunnen uitoefenen van inkoopmacht immers niet aannemelijk. Dit komt ook naar voren in de zaak *ONT*.²⁰⁰ In deze zaak klaagden de tandprothetici over misbruik van een economische machtspositie door ziekenfondsen, omdat de ziekenfondsen verschillende tarieven hanteerden tussen tandprothetici en tandartsen bij de inkoop van gebitsprothesen. De relevante productmarkt in deze zaak was de markt voor gebitsprothesen. Om na te gaan of de ziekenfondsen inkoopmacht hadden is gekeken of zij (de afnemers) zich onafhankelijk konden gedragen van de tandprothetici en tandartsen (de leveranciers). De NMa heeft in deze zaak

¹⁹⁶ NMa 2005: GJ 2005/72.

¹⁹⁷ NMa 2004b, punt 78.

¹⁹⁸ NMa, zaak 882, *Oostnederland-Leverancier hulpmiddelen m.b.t. diabetes/incontinentie/stomamiddelen*.

¹⁹⁹ NMa 2004b, p 20-21.

²⁰⁰ NMa, zaak 995, *ONT*.

geoordeeld dat de ziekenfondsen geen inkoopmacht hadden om de volgende redenen: “de onder de toenmalige omstandigheden aanwezige *countervailing power* door onderlinge samenwerking van zowel tandprotheticici als tandartsen, de zeer beperkte substitutiemogelijkheden voor ziekenfondsen, zowel wat betreft het product van de dienstverlening als wat betreft de plaats van de dienstverlening en het feit dat de tarieven niet lager waren dan de maximumtarieven”.²⁰¹ Volgens de NMa hoeft dit argument met betrekking tot tegenwicht als zodanig niet doorslaggevend te zijn. In de zaak *ONT* is ook de rol die het ziekenfonds speelt van belang. Het ziekenfonds was immers verplicht om zorg in te kopen voor haar verzekerden, en kan dus niet om de in een bepaald gebied gevestigde en georganiseerde zorgaanbieders heen.²⁰²

5.3 De economische machtspositie in de interviews

Vektis heeft een methode ontwikkeld om de dominante zorgverzekeraar per regio te bepalen. Dit wordt berekend met behulp van de declaratiegegevens van alle verzekerden in Nederland. De verzekeraar met de meeste verzekerden in een bepaalde gemeente is hier de dominante zorgverzekeraar. “Heel simpel, maar je moet wel de juiste gegevens hebben”. De gegevens worden nu niet meer openbaar gemaakt, omdat het concurrentiegevoelige informatie is.²⁰³

In veel gemeenten is er nog steeds één zorgverzekeraar die ruim 70% marktaandeel heeft. Dit heeft te maken met de oude kernwerkgebieden van de ziekenfondsen. Vóór 1992 mochten mensen niet kiezen bij welk ziekenfonds ze verzekerd waren, dus waren er toen marktaandelen van 100%. Nu nog hebben verzekeraars van marktaandelen van ongeveer 50% in de ziekenhuizen binnen hun voormalige kernwerkregio's.²⁰⁴ Door de zorgverzekeraar wordt bevestigd dat ze een machtspositie hebben in hun oude kernwerkgebied.²⁰⁵

Door Vektis wordt gezegd dat er een aantal gebieden in Nederland zijn waar van oudsher meerdere zorgverzekeraars actief zijn. In deze gebieden heeft altijd al concurrentie tussen deze verzekeraars plaatsgevonden.²⁰⁶ Uit de interviews komen verder verschillende opvattingen naar voren met betrekking tot de huidige concurrentiemogelijkheden voor zorgverzekeraars. Zo geeft Vektis aan dat zorgverzekeraars nog niet met elkaar kunnen concurreren op het B-segment, omdat de prijs nog een te klein verschil maakt.²⁰⁷ Het ziekenhuis laat weten dat grotere zorgverzekeraars prijsvoordelen hebben bij de inkoop van ziekenhuiszorg, omdat zij meer afnemen. Wel is er ruimte voor nieuwe partijen bij de onderhandelingen, en zijn er voldoende verzekeraars om echt onderhandelen mogelijk te maken.²⁰⁸

Alle partijen vinden dat er mogelijkheden zijn voor concurrentie in de ziekenhuiszorg.²⁰⁹ Zo zegt het ziekenhuis dat er voldoende aanbod van zorg is om onderhandelingen mogelijk te maken, omdat de verzekeraars voldoende uitwijkmogelijkheden hebben. Wanneer een verzekeraar de

²⁰¹ NMa 2004b, p. 22.

²⁰² NMa 2004b, punt 77.

²⁰³ Interview Vektis 2006.

²⁰⁴ Interview Vektis 2006.

²⁰⁵ Interview Zorgverzekeraar 2006.

²⁰⁶ Interview Vektis 2006.

²⁰⁷ Interview Vektis 2006.

²⁰⁸ Interview Ziekenhuis 2006.

²⁰⁹ Interview Vektis 2006, interview Ziekenhuis 2006, interview Zorgverzekeraar 2006.

prijzen van het ene ziekenhuis te hoog vindt, heeft hij de mogelijkheid om de zorg bij een ander ziekenhuis in te kopen. In de regio van het geïnterviewde ziekenhuis heeft deze situatie zich al een keer voorgedaan. De kanttekening hierbij is dat de concurrentie tussen ziekenhuizen sterker is in regio's met veel ziekenhuizen, zoals Amsterdam en Rotterdam. Hier zitten veel algemene, redelijk vergelijkbare ziekenhuizen. Dit is anders in gebieden zoals Groningen, waar de verzekeraar veel afhankelijker van het ziekenhuis is.²¹⁰

Vektis bevestigt dat er in Rotterdam, Den Haag, Amsterdam en de regio Utrecht veel concurrentie is tussen ziekenhuizen, omdat hier veel ziekenhuizen dicht bij elkaar zitten. Verder is Vektis van mening dat de concurrentie niet op de prijs, maar op de service plaatsvindt. Hierbij wordt het voorbeeld gegeven van het Oogziekenhuis in Rotterdam, waar de taxirit bij de behandeling is inbegrepen. Verder hebben de verzekeraars een belangrijke rol bij de concurrentie tussen ziekenhuizen: als de verzekeraar beter op de prijs en de kwaliteit let, gaan de ziekenhuizen beter hun best doen.²¹¹

Ook de zorgverzekeraar geeft aan dat er voldoende uitwijkmogelijkheden zijn, en dat ze invloed heeft op de ziekenhuizen daar waar het gaat om concurrentie. "Het gebeurt wel steeds meer, en ziekenhuizen worden daar wel een beetje nerveus van". Verder vormen de ZBC's belangrijke concurrentie voor ziekenhuizen. Dit is ook de reden dat veel ziekenhuizen zelf ZBC's opzetten. Op deze manier kunnen ze mee in de concurrentieslag.²¹²

Maar welke partij heeft de beste positie bij de onderhandelingen: de zorgverzekeraar of het ziekenhuis? Het ziekenhuis vindt dat de zorgverzekeraar de betere positie heeft. De reden hiervoor is dat je als ziekenhuis wel afspraken met de grootste verzekeraar moet maken, omdat dit beter is voor de patiënten.²¹³ Ook de verzekeraar vindt dat hij de sterkere partij is. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de verzekeraar de zorg niet zomaar ergens anders kan gaan inkopen, omdat er vaak een jarenlange relatie bestaat tussen het ziekenhuis en de zorgverzekeraar. Verder is er buiten het B-segment ook nog een A-segment, en moet je dus rekening houden met de verzekerden die graag naar dat ziekenhuis willen. Tenslotte geeft de verzekeraar aan dat zijn onderhandelingspositie niet zo sterk is in de verre ziekenhuizen, waar de onderhandelingen per post worden gevoerd.²¹⁴

Uit het interview met Vektis kwam niet de zorgverzekeraar, maar het ziekenhuis als partij met de beste onderhandelingspositie naar voren. Het argument hiervoor is dat de marktmacht vooral zou worden bepaald door de mate waarin je de stroom patiënten kan beïnvloeden. Omdat de ziekenhuizen van oudsher een natuurlijke instroom hebben, is het voor de verzekeraar heel moeilijk om deze stroom te beïnvloeden. Zolang je geen of weinig invloed hebt op deze stroom, kan je ook niet sterk onderhandelen. Een tweede argument is dat de verzekerden of de patiënten een grote invloed uitoefenen op de zorgverzekeraar. Wanneer de verzekeraar geen zorg meer inkoopt bij het ziekenhuis, zullen de patiënten van het betreffende ziekenhuis een

²¹⁰ Interview Ziekenhuis 2006.

²¹¹ Interview Vektis 2006.

²¹² Interview Zorgverzekeraar 2006.

²¹³ Interview Ziekenhuis 2006.

²¹⁴ Interview Zorgverzekeraar 2006.

andere zorgverzekeraar kiezen. “De verzekerde zal eerder een andere zorgverzekeraar kiezen dan een ander ziekenhuis of andere zorgverlener. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor huisartsen”.²¹⁵

5.4 Conclusie

Voor het vaststellen van een economische machtspositie moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Hierna kan aan de hand van de marktstructuur worden vastgesteld of er op die markt sprake is van een machtspositie. Er wordt gekeken naar marktaandelen en eventuele uitwijkmogelijkheden van de leveranciers. Dit komt ook duidelijk naar voren in de zaak *Amicon*. Tevens vormt het bestaan van een mogelijke tegenmacht aan de verkoopzijde een belangrijke overweging, zoals ook ondersteund wordt in de zaak *ONT*.

Uit de interviews komt naar voren dat veel zorgverzekeraars een marktaandeel hebben van ruim 70% in hun oude kernwerkgebied. Verder zijn er zowel voor zorgverzekeraars als voor ziekenhuizen mogelijkheden voor concurrentie. Zeker in regio's met veel ziekenhuizen is de concurrentie tussen ziekenhuizen sterk, omdat de zorgverzekeraars meer uitwijkmogelijkheden hebben. Tevens vormen de ZBC's een belangrijke concurrentie voor de ziekenhuizen.

Over de vraag of de verzekeraar een economische machtspositie heeft bij de onderhandelingen met het ziekenhuis zijn de partijen het niet helemaal met elkaar eens. Het ziekenhuis vindt dat de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft, omdat er voor het ziekenhuis geen uitwijkmogelijkheden zijn. Het ziekenhuis moet wel afspraken met de grootste verzekeraar in de regio maken, omdat dit beter is voor de patiënten. Ook de zorgverzekeraar vindt dat de verzekeraars bij de onderhandelingen een machtspositie hebben. Dit geldt echter alleen in de ziekenhuizen die zijn gevestigd in de regio waar de zorgverzekeraar een groot marktaandeel heeft.

Vektis is de enige partij die het ziekenhuis als partij met een economische machtspositie ten opzichte van de zorgverzekeraar ziet. Dit komt voornamelijk door de tegenmacht die het ziekenhuis kan bieden aan de verzekeraar, omdat verzekerden eerder kiezen voor een andere zorgverzekeraar dan voor een ander ziekenhuis.

²¹⁵ Interview Vektis 2006.

6. Misbruik van een economische machtspositie

In dit hoofdstuk wordt verklaard wat er wordt verstaan onder misbruik van economische machtspositie en welke vormen hiervan te onderscheiden zijn. Enkele voorbeelden van misbruik uit de relevante jurisprudentie worden beschreven. Tevens wordt er besproken wat de verschillende respondenten verstaan onder misbruik van een economische machtspositie. Hierbij wordt ook gekeken of er sprake van misbruik van de economische machtspositie zou zijn indien er aan het ziekenhuis zou worden gevraagd om een laagste prijs garantie door een zorgverzekeraar met een machtspositie ten opzichte van het betreffende ziekenhuis.

6.1 Misbruik economische machtspositie

Artikel 24, eerste lid, Mededingingswet luidt: “Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie”. Zowel aan de aanbod- als aan de vraagzijde kan zich misbruik van een economische machtspositie voordoen.²¹⁶

Er zijn verschillende verschijningsvormen van misbruik van een economische machtspositie. Bij een eerste vorm is er sprake van uitbuiting van de economische machtspositie om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet mogelijk zijn. Een tweede mogelijkheid is dat een onderneming die een economische machtspositie heeft, haar eigen positie tracht te versterken ten opzichte van haar concurrenten op een andere wijze dan door eerlijke concurrentie. Volgens de NMa is er in de praktijk vaak sprake van een combinatie van beide vormen van misbruik.²¹⁷

Naar analogie van artikel 82 EG zijn als voorbeelden van misbruik te beschouwen: a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden, b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers, c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging, d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.²¹⁸ Zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet zijn de voorbeelden van misbruik genoemd in artikel 82 EG eveneens te beschouwen als voorbeelden van misbruik in de zin van artikel 24 Mw.²¹⁹

Wanneer normale commerciële gedragingen, zoals het opdringen of afdwingen van bepaalde handelsvoorwaarden, zich voordoen bij een onderneming met een economische machtspositie, kunnen zij misbruik opleveren.²²⁰

²¹⁶ NMa 2004b, punt 37.

²¹⁷ NMa 2004b, punt 38.

²¹⁸ NMa 2002b, p. 12: Doordat hier duidelijk sprake is van een opsomming van voorbeelden, kunnen ook andere vormen van misbruik, zoals het nadeel toebrengen aan andere marktdeelnemers, onder het begrip misbruik vallen.

²¹⁹ Kamerstukken II 1995/96.

²²⁰ NMa 2004b, punt 79.

Er is mogelijk sprake van onredelijke handelsvoorwaarden wanneer een onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend aan leveranciers oplegt. Het gevolg kan uitbuiting of uitsluiting zijn. Voorbeelden van onredelijke handelsvoorwaarden zijn betalings- en leveringsvoorwaarden en garantiebepalingen.²²¹

In het Visiedocument Inkoopmacht wordt duidelijk gemaakt dat het verschil tussen misbruik in de vorm van uitbuiting of uitsluiting en normale, scherpe concurrentie zeker in de praktijk niet altijd helder is.

6.2 Misbruik in de jurisprudentie

Uit de zaak *Kingma*²²² blijkt dat de weigering als zodanig om te onderhandelen over een voorgelegd contract niet op voorhand misbruik van inkoopmacht is. Dit komt in meerdere besluiten van de NMa naar voren: “Een zorgverzekeraar is in beginsel vrij om te kiezen met wie hij een contract wil aangaan, mits de criteria op grond waarvan een zorgaanbieder een contract krijgt objectief en transparant zijn en de criteria niet op discriminatoire wijze worden toegepast”.²²³ In bepaalde gevallen kan wel sprake zijn van misbruik, bijvoorbeeld in het geval van afdwingen van exclusiviteit of onredelijke handelsvoorwaarden.²²⁴

Ook uit de zaak *Ralet versus CZ en VGZ*²²⁵ komt naar voren dat het niet willen afsluiten van een overeenkomst geen misbruik van een economische machtspositie hoeft te zijn. In deze zaak heeft het Belgische *S.P.R.L. Laboratoires d’Analyses Medicales Philippe Ralet* een klacht ingediend bij de NMa tegen CZ Groep Zorgverzekeringen en Zorgverzekeraar VGZ. CZ en VGZ hadden beiden geen contract afgesloten met Ralet, waardoor Ralet de zorgverzekeraars er van beschuldigde misbruik te maken van hun economische machtspositie. CZ en VGZ zouden Ralet uitsluiten van de markt voor laboratorium-onderzoek. De d-g NMa zag in deze zaak echter geen reden om aan te nemen dat de zorgverzekeraars misbruik zouden maken van hun economische machtspositie. CZ en VGZ hebben geen contact afgesloten met Ralet, omdat er bij hen geen behoefte bestond aan extra capaciteit voor laboratoriumonderzoek; met de beschikbare capaciteit konden zij reeds aan hun zorgplicht jegens hun verzekerden voldoen.²²⁶

Als er in het aangeboden contract sprake is van voorwaarden die uitbuiting of uitsluiting tot gevolg hebben is er wel sprake van misbruik van een economische machtspositie. Dit blijkt uit de zaak *Inkoop samenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.²²⁷ In deze zaak dreigde een machtspositie tot stand te komen door een samenwerkingsovereenkomst. Door de machtspositie die de samenwerkende ziekenfondsen zouden verkrijgen, zou het op te richten samenwerkingsverband de zorginkoop door (potentiële) concurrenten kunnen belemmeren of in zijn geheel verhinderen door middel van uitbuiting van de sterke marktpositie. Omdat de partijen

²²¹ NMa 2004b, punt 80.

²²² NMa, zaak 3119, *Kingma*.

²²³ NMa 2005: GJ 2005/72.

²²⁴ NMa 2005: GJ 2005/72.

²²⁵ NMa, zaak 2600/41, *Ralet versus CZ en VGZ*.

²²⁶ NMa, zaak 2600/41, *Ralet versus CZ en VGZ*, punt 22.

²²⁷ NMa, zaak 145 en 652, *Inkoop samenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.

een sterke marktpositie aan de inkoopzijde hebben, kan de marktpositie aan de verkoopzijde tegen effectieve concurrentie worden beschermd.²²⁸

Het afdwingen van exclusieve contracten kan ook misbruik van een economische machtspositie zijn. In het Visiedocument Inkoopmacht wordt dit verduidelijkt met behulp van het volgende voorbeeld: “In de zaak *IRI/Nielsen* concludeerde de Commissie dat Nielsen zijn dominante positie op de Europese markt voor detaillistenpanelonderzoek heeft misbruikt door het aangaan van exclusieve contracten met de leveranciers van data, in casu detaillisten. De contracten hadden volgens de Commissie een uitsluitend effect, doordat Nielsen de detaillisten had verboden om bepaalde data aan haar (potentiële) concurrenten te leveren. Deze data waren onmisbaar voor de productie van detaillistenpanelonderzoek”.²²⁹

6.3 Misbruik in de interviews

Aan de verschillende geïnterviewden is gevraagd zich in te denken in twee situaties. De eerste situatie gaat uit van het ziekenhuis als sterkste partij tijdens de onderhandelingen met de zorgverzekeraar. Het tweede scenario heeft betrekking op de situatie waarin de zorgverzekeraar juist de dominante partij is bij deze onderhandelingen. Van beide situaties konden de geïnterviewden aangeven welke gedragingen zij misbruik van de economische machtspositie zouden vinden.

Wanneer het ziekenhuis de sterkste partij is in de onderhandelingen kan de prijs van het B-segment in theorie erg hoog worden, omdat de zorgverzekeraar de zorg toch wel moet inkopen bij het betreffende ziekenhuis. Vektis vindt dit geen misbruik van de machtspositie, het “is een logische consequentie van hoe de marktmacht ligt”.²³⁰ Het ziekenhuis geeft aan dat het vragen van te hoge prijzen wel een voorbeeld is van misbruik. Een extra opmerking hierbij is dat het ziekenhuis op deze manier zijn eigen glazen in gooit: de relatie met de zorgverzekeraar wordt immers op het spel wordt gezet. Als er andere initiatieven ontstaan, krijgt de verzekeraar meer uitwijkmogelijkheden, waardoor ze de zorg niet meer in het betreffende ziekenhuis zullen inkopen. “Je hebt dan een jaar hoge prijzen, maar het andere jaar heb je een probleem, omdat er bijvoorbeeld ineens een ZBC zit die liesbreuken aanbiedt”.²³¹ De zorgverzekeraar vindt het vragen van een veel te hoge prijs door het ziekenhuis alleen misbruik als er verder geen ziekenhuizen in de omgeving zijn. In regio's met meerdere ziekenhuizen zijn er weinig mogelijkheden voor ziekenhuizen om dit te doen, omdat er voldoende uitwijkmogelijkheden voor de zorgverzekeraars zijn. Hier kunnen ziekenhuizen gebruik maken van een eventuele machtspositie, maar geen misbruik.²³²

Vektis vindt het uitsluiten van kleinere zorgverzekeraars van de onderhandelingen misbruik van de machtspositie van het ziekenhuis. Dit zou kunnen gebeuren wanneer de ziekenhuizen enkel met de grootste zorgverzekeraars in de regio om de tafel gaan, waardoor de kleinere verzekeraars altijd het passantentarief moeten betalen.²³³

²²⁸ NMa 2004b, p. 23.

²²⁹ NMa 2004b, p. 23 (voorbeeld 11).

²³⁰ Interview Vektis 2006.

²³¹ Interview Ziekenhuis 2006.

²³² Interview Zorgverzekeraar 2006.

²³³ Interview Vektis 2006.

Een laatste voorbeeld van misbruik dat uit de interviews naar voren komt is het vissen van de krenten uit de pap. Hiermee wordt bedoeld dat het ziekenhuis zich gaat richten op specifieke groepen van patiënten, en daarmee de complexe gevallen als het ware weert. Dit zou kunnen gebeuren wanneer er toch wel voldoende patiënten komen.²³⁴

In het tweede scenario is de zorgverzekeraar de sterkste partij bij de onderhandelingen om het B-segment. Hierbij kan het tegenovergestelde ontstaan van de vorm van misbruik zoals geschetst in het eerste scenario: de zorgverzekeraar zou het ziekenhuis kunnen dwingen de zorg tegen een (te) lage prijs te leveren. Zowel het ziekenhuis als Vektis geven aan dit niet te zien als een vorm van misbruik. Het wordt gezien als een consequentie van marktwerking, als een onderdeel van het economische spel.²³⁵

Als de zorgverzekeraar er voor kiest om de zorg niet mee in te kopen bij het ene ziekenhuis, omdat een ander het goedkoper kan leveren, is dit volgens de respondenten geen misbruik van machtspositie.²³⁶ Dit moet echter niet ten koste gaan van de kwaliteit.²³⁷ Door het ziekenhuis wordt het wel onterecht gevonden wanneer dat andere ziekenhuis beneden de kostprijs zou gaan werken.²³⁸ De verzekeraar voegt nog toe dat het niet gemakkelijk is om het besluit te nemen dat je de zorg ergens anders gaat inkopen, zeker wanneer het om een ziekenhuis in je eigen regio gaat. Je moet dan de lange termijn relatie op het spel zetten. Dit is voor de verzekeraar een groot risico, omdat de verzekerden eerder zullen kiezen voor een andere zorgverzekeraar dan voor een ander ziekenhuis.²³⁹

Het tegen elkaar uitspelen van ziekenhuizen door de zorgverzekeraar wordt door het ziekenhuis gezien als misbruik van de machtspositie van de verzekeraar. Hiermee zou de verzekeraar het ziekenhuis kunnen dwingen om beneden de kostprijs te gaan werken. "Ik vind het misbruik als het geen één op één onderhandeling wordt, (...) bij de onderhandelingen moet het niet zo zijn dan andere partijen als het ware ook kunnen bieden".²⁴⁰

Over het vragen van een laagste prijs garantie door de zorgverzekeraar met een economische machtspositie, waarbij geen enkele andere verzekeraar de zorg tegen een lagere of dezelfde prijs mag inkopen, wordt door de partijen verschillend gedacht. Zowel het ziekenhuis als Vektis is van mening dat bij de onderhandelingen geen andere partijen betrokken kunnen worden.²⁴¹ Vektis denkt echter dat het niet haalbaar is voor de zorgverzekeraar, maar vindt wel dat er om gevraagd mag worden. Het argument hiervoor is dat de zorgverzekeraar een zekere patiëntenstroom garandeert aan het ziekenhuis.²⁴² Het ziekenhuis vindt dat het vragen om deze garantie echt misbruik zou zijn, omdat de onderhandelingen één op één dienen plaats te vinden, zonder daar derden bij te betrekken.²⁴³ De zorgverzekeraar is niet gevraagd naar deze vorm van

²³⁴ Interview Vektis 2006.

²³⁵ Interview Vektis 2006, interview Ziekenhuis 2006.

²³⁶ Interview Vektis 2006, interview Ziekenhuis 2006, interview Zorgverzekeraar 2006.

²³⁷ Interview Vektis 2006.

²³⁸ Interview Ziekenhuis 2006.

²³⁹ Interview Zorgverzekeraar 2006.

²⁴⁰ Interview Ziekenhuis 2006.

²⁴¹ Interview Vektis 2006, interview Ziekenhuis 2006.

²⁴² Interview Vektis 2006.

²⁴³ Interview Ziekenhuis 2006.

misbruik, omdat het voorstel voor de laagste prijs garantie van hen uit is gekomen, en dus positief zal worden gewaardeerd.

6.4 Conclusie

Voor het vaststellen van misbruik van een economische machtspositie aan de inkoopzijde moet er sprake zijn van zowel een economische machtspositie op de relevante markt als een vorm van misbruik. Deze vorm van misbruik kan ontstaan wanneer een onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend oplegt aan leveranciers. De meest voorkomende voorbeelden hiervan zijn uitbuiting en uitsluiting.

Uit de jurisprudentie blijkt dat een onderneming met een machtspositie ook contractsvrijheid heeft. Als de betreffende onderneming weigert om te onderhandelen hoeft dit dus niet per definitie misbruik op te leveren. Een andere vorm van misbruik die in de jurisprudentie naar voren komt is het afdwingen van exclusieve contracten.

In de interviews komen verschillende vormen van misbruik naar voren. In de situatie waarin het ziekenhuis een machtspositie heeft ten opzichte van de zorgverzekeraar zou het ziekenhuis te hoge prijzen voor de zorg kunnen vragen. Dit wordt echter niet door alle respondenten als misbruik gezien. Het uitsluiten van kleinere zorgverzekeraars bij de onderhandelingen komt wel naar voren als een vorm van misbruik.

Als de zorgverzekeraar de partij is met de economische machtspositie bij de onderhandelingen met het ziekenhuis zou de verzekeraar het ziekenhuis kunnen dwingen de zorg voor een (te) lage prijs te leveren. De verschillende respondenten zien dit echter niet als misbruik, evenals het uitwijken naar een ander (goedkoper) ziekenhuis. Het wordt wel als misbruik gezien wanneer de zorgverzekeraar verschillende ziekenhuizen tegen elkaar uit zou spelen. Om deze reden wordt het vragen om een laagste prijs garantie door het ziekenhuis als een vorm van misbruik gezien: er mogen geen andere partijen bij de onderhandelingen worden betrokken.

7. Conclusie

In deze conclusie worden de verschillende deelvragen zoals opgesteld in het eerste hoofdstuk beantwoord aan de hand van de gevonden literatuur en de bevindingen uit het onderzoek. De resultaten zullen worden toegepast op de casus uit de inleiding. Hierna kan de probleemstelling *“Kan een zorgverzekeraar met een economische machtspositie een “laagste prijs garantie” vragen aan een zorgaanbieder?”* worden beantwoord.

7.1 Is een zorgverzekeraar een onderneming?

De Mededingingswet is alleen van toepassing op ondernemingen. Een zorgverzekeraar is een onderneming als de uitgevoerde activiteiten in hoofdzaak economisch zijn, en niet sociaal. Voor het bepalen van het sociale dan wel economische karakter van de activiteiten, zijn zes criteria te onderscheiden: de pijlers van het stelsel, het verplichte karakter, solidariteit, de vaststelling van de premies, het principe van kapitalisatie en de concurrentie tussen de verschillende zorgverzekeraars. Deze criteria in ogenschouw nemend zien we dat het verplichte karakter van het Nederlandse zorgstelsel en de solidariteit wijzen op het niet onderneming zijn van de zorgverzekeraars. Dit geldt ook voor het gegeven dat ze niet handelen volgens het principe van kapitalisatie. Er zijn echter ook argumenten die er voor pleiten dat de zorgverzekeraars wel kunnen worden aangemerkt als ondernemingen. Zo heeft het stelsel een non-profit karakter, zijn de zorgverzekeraars vrij in het vaststellen van de premies en vindt er op verschillende gronden (prijs en kwaliteit) concurrentie plaats tussen zorgverzekeraars.

In dit onderzoek ligt het voor de hand om het criterium met betrekking tot de concurrentie tussen de verschillende zorgverzekeraars het zwaarst te laten wegen, omdat de Mededingingswet tot doelstelling heeft te waarborgen dat de concurrentie tussen ondernemingen niet wordt verhinderd of verstoord. Belangrijker is echter dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de NMa anders naar zorgverzekeraars kijkt dan voorheen, omdat ze zich nog steeds bezig houdt met zaken omtrent zorgverzekeraars. Aansluitend bij de opvattingen van de NMa worden in dit onderzoek de zorgverzekeraars in het Nederlandse stelsel beschouwd als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Zorgverzekeraar X uit de casus kan in dit onderzoek dus worden beschouwd als een onderneming, waardoor de Mededingingswet van toepassing is op deze casus.

Door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is nog geen uitspraak gedaan over het al dan niet onderneming zijn van de Nederlandse zorgverzekeraars zoals werkzaam sinds 1 januari 2006. Pas als hier een uitspraak over wordt gedaan, kan met zekerheid worden gesteld of zorgverzekeraars ondernemingen zijn of niet.

7.2 De relevante markt

De relevante markt bij de inkoop van ziekenhuiszorg door de zorgverzekeraar kan worden onderverdeeld in een relevante productmarkt en een relevante geografische markt.

Bij de afbakening van de relevante productmarkt wordt gekeken naar de goederen of diensten die door de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedragingen van ondernemingen worden

beïnvloed. In dit onderzoek zijn twee productmarkten relevant, te weten de markt voor de inkoop van zorg en de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen.

Uit onderzoek blijkt dat de markt voor zorgverzekeringen kan worden gezien als de relevante productmarkt op de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen. Op deze markt kunnen wel verschillende onderscheiden worden gemaakt. Deze onderscheiden zijn echter niet relevant bij het bepalen van de productmarkt met betrekking tot zorgverzekeringen, daar waar het gaat om de inkoop van ziekenhuiszorg door zorgverzekeraars. In de casus kan er worden uitgegaan van de markt voor zorgverzekeringen als relevante productmarkt.

De relevante productmarkt met betrekking tot de zorginkoop wordt in dit onderzoek en in de casus gevormd door de DBC's in het B-segment. Hierin zitten eenvoudige en electieve ingrepen, die ongeveer 10% van de kosten van het ziekenhuis beslaan. Tussen de zorgverzekeraars en de ziekenhuizen wordt ook onderhandeld over de zorg in het A-segment, maar in tegenstelling tot het B-segment gaat het bij deze onderhandelingen niet over geld. In het kader van dit onderzoek is deze productmarkt dus niet interessant.

Bij het vaststellen van de relevante geografische markt wordt gekeken naar het gebied waarin ondernemingen zijn gevestigd die met elkaar concurreren, en waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende gelijk zijn. Hierbij is het van belang van welke ondernemingen en/of producten de concurrentiedruk uitgaat. Ook de geografische markt wordt in dit onderzoek opgedeeld in de markt voor zorginkoop en de markt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen.

De markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen zou landelijk kunnen zijn, maar er bestaat een grote kans dat de zorgverzekeringmarkt bestaat uit regionale markten. Dit zouden provinciale markten kunnen zijn, of de voormalige kernwerkgebieden van de zorgverzekeraars. De zorgverzekeraars zijn veelal dominant in de gebieden waar ze van oudsher werkzaam zijn, de voormalige kernwerkgebieden. Als we kijken naar de casus zien we dat Zorgverzekeraar X een regionale zorgverzekeraar met circa 400.000 verzekerden is. Omdat veel verzekeraars in hun oude kernwerkgebied een marktaandeel hebben van ruim 70%, ligt het voor de hand dat de relevante geografische markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen voor Zorgverzekeraar X regionaal is.

Voor het afbakenen van de relevante geografische markt voor de inkoop van zorg wordt gekeken hoe groot de afstand is die de patiënt bereid is af te leggen voor het bezoek aan de zorgaanbieder. Uit onderzoek blijkt dat mensen een voorkeur hebben voor ziekenhuizen in hun eigen omgeving, en dat ruim 60% van de bevolking binnen tien minuten in een ziekenhuis in de buurt kan zijn. De schaal waarop zorgverzekeraars onderhandelen met de ziekenhuizen is echter ook belangrijk voor het vaststellen van de relevante geografische markt. Uit het onderzoek komt naar voren dat de zorgverzekeraar met alle ziekenhuizen in Nederland onderhandelt over het B-segment, waardoor de relevante geografische markt zou kunnen worden gezien als landelijk.

7.3 De economische machtspositie

Voor het vaststellen van een economische machtspositie moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Hierna kan aan de hand van de marktstructuur worden vastgesteld of er op die markt sprake is van een machtspositie. Er wordt gekeken naar marktaandelen en eventuele

uitwijkmogelijkheden van de leveranciers. Dit komt ook duidelijk naar voren in de zaak *Amicon*. Tevens vormt het bestaan van een mogelijke tegenmacht aan de verkoopzijde een belangrijke overweging, zoals ook ondersteund wordt in de zaak *ONT*.

Uit de interviews komt naar voren dat veel zorgverzekeraars een marktaandeel hebben van ruim 70% in hun oude kernwerkgebied. Verder zijn er zowel voor zorgverzekeraars als voor ziekenhuizen mogelijkheden voor concurrentie. Zeker in regio's met veel ziekenhuizen is de concurrentie tussen ziekenhuizen sterk, omdat de zorgverzekeraars meer uitwijkmogelijkheden hebben. Ook de ZBC's vormen een belangrijke concurrentie voor de ziekenhuizen.

Over de vraag of de verzekeraar een economische machtspositie heeft bij de onderhandelingen met het ziekenhuis zijn de partijen het niet helemaal met elkaar eens. Het ziekenhuis vindt dat de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft, omdat er voor het ziekenhuis geen uitwijkmogelijkheden zijn. Het ziekenhuis moet wel afspraken met de grootste verzekeraar in de regio maken, omdat dit beter is voor de patiënten. Ook de zorgverzekeraar vindt dat de verzekeraars bij de onderhandelingen een machtspositie hebben. Dit geldt echter alleen in de ziekenhuizen die zijn gevestigd in de regio waar de zorgverzekeraar een groot marktaandeel heeft.

Vektis is de enige geïnterviewde die het ziekenhuis als partij met een economische machtspositie ten opzichte van de zorgverzekeraar ziet. Dit komt voornamelijk door de tegenmacht die het ziekenhuis kan bieden aan de verzekeraar, omdat verzekerden eerder kiezen voor een andere zorgverzekeraar dan voor een ander ziekenhuis.

7.4 Misbruik van economische machtspositie

Voor het vaststellen van misbruik van een economische machtspositie moet er sprake zijn van zowel een economische machtspositie op de relevante markt als een vorm van misbruik. Deze vorm van misbruik kan ontstaan wanneer een onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend oplegt aan leveranciers. De meest voorkomende voorbeelden hiervan zijn uitbuiting en uitsluiting.

Uit de jurisprudentie blijkt dat een onderneming met een machtspositie ook contractsvrijheid heeft. Als de betreffende onderneming weigert om te onderhandelen hoeft dit dus niet per definitie misbruik op te leveren. Een andere vorm van misbruik die in de jurisprudentie naar voren komt is het afdwingen van exclusieve contracten.

In de interviews komen verschillende vormen van misbruik naar voren. In de situatie waarin het ziekenhuis een machtspositie heeft ten opzichte van de zorgverzekeraar zou het ziekenhuis te hoge prijzen voor de zorg kunnen vragen. Dit wordt echter niet door alle respondenten als misbruik gezien. Het uitsluiten van kleinere zorgverzekeraars bij de onderhandelingen komt wel naar voren als een vorm van misbruik.

Als de zorgverzekeraar de partij is met de economische machtspositie bij de onderhandelingen met het ziekenhuis, zou de verzekeraar het ziekenhuis kunnen dwingen de zorg voor een (te) lage prijs te leveren. De verschillende respondenten zien dit echter niet als misbruik, evenals het uitwijken naar een ander (goedkoper) ziekenhuis. Het wordt wel als misbruik gezien wanneer de zorgverzekeraar verschillende ziekenhuizen tegen elkaar uit zou spelen.

In de casus wil Zorgverzekeraar X een laagste prijs garantie vragen aan een ziekenhuis. Omdat de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft op de relevante markt zou dit een

vorm van misbruik kunnen zijn. Uit de interviews blijkt dat het ziekenhuis het vragen om een laagste prijs garantie misbruik vindt, omdat er geen andere partijen bij de onderhandelingen betrokken mogen worden.

7.5 Slotbeschouwing

De zorgverzekeraar uit de casus wil een laagste prijs garantie vragen aan een ziekenhuis in de regio van deze verzekeraar. Om te bepalen of het vragen om deze laagste prijs garantie misbruik is, zal eerst moeten worden vastgesteld of de zorgverzekeraar een onderneming is in de zin van de Mededingingswet, omdat deze wet alleen van toepassing is op ondernemingen. Uit dit onderzoek blijkt dat de zorgverzekeraars zoals werkzaam sinds begin 2006 kunnen worden beschouwd als ondernemingen. Op deze zorgverzekeraars is de Mededingingswet dus van toepassing.

Om vast te stellen of een zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Deze markt kan worden onderverdeeld in een relevante productmarkt en een relevante geografische markt. Bij de inkoop van ziekenhuiszorg (B-segment) door de zorgverzekeraar bestaat de relevante productmarkt voor (het aanbieden van) zorgverzekeringen uit de markt voor zorgverzekeringen, en de relevante productmarkt voor de inkoop van zorg bestaat uit de DBC's in het B-segment.

De relevante geografische markt wordt ook opgedeeld in de markt voor (het aanbieden) van zorgverzekeringen en de zorginkoopmarkt. De geografische markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen is in de casus regionaal. Dit kan echter per zorgverzekeraar verschillen. De schaal voor de inkoop van DBC's uit het B-segment komt waarschijnlijk overeen met de geografische markt voor het aanbieden van zorgverzekeringen, omdat de meeste mensen een voorkeur hebben voor een ziekenhuis in hun eigen omgeving. In de casus kan deze markt dus ook als regionaal worden gezien. Dit zal anders zijn voor grote, landelijk werkende verzekeraars. Nu de relevante markt is afgebakend kan worden bepaald of de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft ten opzichte van het ziekenhuis. Hierbij wordt gekeken naar marktaandeelen, uitwijkmogelijkheden van de leveranciers en het bestaan van een mogelijke tegenmacht aan de verkoopzijde.

Veel zorgverzekeraars hebben een marktaandeel van ruim 70% in hun oude kernwerkgebied. In de casus betekent dit dat de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft in haar eigen regio. In deze regio is ook het betreffende ziekenhuis gevestigd. Tevens is er een grotere kans dat een zorgverzekeraar een machtspositie heeft wanneer er meerdere ziekenhuizen in de regio gevestigd zijn, omdat de zorgverzekeraar dan voldoende uitwijkmogelijkheden heeft. Een ziekenhuis heeft waarschijnlijk minder uitwijkmogelijkheden, omdat het ten nadele van de patiënt zou komen wanneer er geen overeenkomsten worden afgesloten met de grootste verzekeraar in de regio.

Het ziekenhuis kan wel tegenmacht bieden aan de zorgverzekeraar doordat verzekerden en patiënten eerder kiezen voor een andere zorgverzekeraar dan voor een ander ziekenhuis. Er zijn echter meer signalen die er op wijzen dat de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft ten opzichte van het ziekenhuis, zeker wanneer het ziekenhuis gevestigd is in de oude kernwerkregio van de zorgverzekeraar en als er voldoende uitwijkmogelijkheden voor de zorgverzekeraar zijn.

Nu is vastgesteld dat de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft ten opzichte van het ziekenhuis moet worden bepaald of het vragen om een laagste prijs garantie misbruik van deze machtspositie is. Misbruik kan ontstaan wanneer een onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend oplegt aan leveranciers, in de vorm van uitbuiting of uitsluiting. Het afdwingen van exclusieve contracten is een vorm van misbruik. Het vragen van een laagste prijs garantie kan worden beschouwd als een exclusief contract, omdat (potentiële) concurrenten altijd meer moeten betalen voor dezelfde producten of diensten. Hierdoor wordt eerlijke concurrentie aan de inkoopzijde tegengehouden. Het vragen om een laagste prijs garantie leidt dus tot uitsluiting van andere verzekeraars van de markt voor de inkoop van zorg, en daarmee van de verzekeringsmarkt. Zij kunnen immers minder prijsvoordelen doorberekenen aan hun cliënten. Dit alles wordt ook bevestigd in de interviews.

Concluderend mag een zorgverzekeraar met een economische machtspositie geen laagste prijs garantie vragen aan een zorgaanbieder, zeker niet wanneer de zorgaanbieder niet voldoende tegenmacht kan bieden. Het vragen van een laagste prijs garantie door een zorgverzekeraar met een economische machtspositie kan worden beschouwd als misbruik van een economische machtspositie in de zin van de Mededingingswet.

8. Discussie

In dit onderzoek wordt in de inleiding een casus beschreven, welke resulteert in een probleemstelling en verschillende deelvragen. Bij de aanvang van het onderzoek was het de bedoeling de zorgverzekeraar uit de casus centraal te stellen, en alle resultaten toe te passen op deze Zorgverzekeraar X. Tijdens het uitvoeren van het onderzoek bleek dit echter niet mogelijk, omdat de zorgverzekeraar niet alle benodigde gegevens kon verstrekken in verband met concurrentiegevoeligheid. Ook Vektis kon om dezelfde reden geen gegevens met betrekking tot specifieke verzekeraars verschaffen. Hierdoor was het niet mogelijk om bijvoorbeeld de relevante markt af te bakenen.

Om bovenstaand probleem te omzeilen is er voor gekozen de resultaten in wat breder perspectief te plaatsten. Er is gekeken naar zorgverzekeraars in het algemeen, en dus ook naar de algemene relevante markten bij de inkoop van ziekenhuiszorg door zorgverzekeraars. De resultaten zijn in de conclusie wel vertaald naar de casus, maar hierbij moet een slag om de arm worden gehouden omdat de exacte gegevens ontbreken. Zorgverzekeraars die de resultaten willen toepassen op hun eigen situatie dienen dus altijd aanvullend onderzoek te verrichten, omdat anders de relevante markt (en daarmee het al dan niet hebben van een economische machtspositie) niet kan worden vastgesteld.

Een ander punt van discussie zijn de interviews die zijn afgenomen in het kader van dit onderzoek. Om een vollediger antwoord op de probleemstelling te krijgen is getracht een interview te regelen met een medewerker van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Echter na vele pogingen is deze aanvraag uiteindelijk niet gehonoreerd, waardoor de inzichten van de NMa met betrekking tot deze specifieke casus ontbreken.

Literatuur

Année, A. en J. van Geest. 1998. *Naar een nieuwe Mededingingswet*. Den Haag: HBD.

Balhuizen, M.L.A. "De nieuwe Mededingingswet. Een algemene inleiding in het materiele recht van de Mededingingswet." In: *Concurrerende Praktijken, Jonge Balie Congres 1998*. Den Haag: Sdu uitgevers, p. 11-22.

Biesheuvel, M.B.W., E.J. Daalder en J.M.E. van Breugel. 1998. *Mededingingsrecht: de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet*. Den Haag: Sdu.

Buijsen, M.A.J.M. en H.E.G.M. Hermans. 2002. "Mededinging in de gezondheidszorg: recente ontwikkelingen." In: *Zorg en Financiering 2002/3*, p. 11-21.

Buijsen, M.A.J.M. 2003. "De waakhond blijft alert. NMa zal gespitst blijven op maximumtariven." In: *Medisch Contact 2003/20*, p. 800-802.

Consumentenbond. 2005. *Zorgverzekeringen 2006* [internet]. Consumentenbond. [aangehaald 1-6-2006]. Bereikbaar op http://www.consumentenbond.nl/thema/geld_en_verzekeringen.

Creswell, J.W. 2003. *Research Design*. Thousand Oaks: Sage Publications.

CTG-Zaio (College Tarieven Gezondheidszorg/Zorgautoriteit in oprichting). 2005a. *Overleg met NMa 30 november 2005 over gevolgen opheffen contracteerplicht*. [internet]. CTG-ZAio. [aangehaald 21-2-2006]. Bereikbaar op <http://www.ctg-zaio.nl/apus>.

CTG-Zaio. 2005b. *Eerste monitor over gevolgen vrije prijzen ziekenhuiszorg* gepubliceerd [internet]. CTG-ZAio. [aangehaald 21-2-2006]. Bereikbaar op <http://www.ctg-zaio.nl/apus>.

Federal Trade Commission. 1996. *FTC challenges "most favored nation" clause in Tennessee pharmacy network contract*. FTC File No. 951 0059.

Kamerstukken II. 1995/96. *Memorie van Toelichting*. 24 707, nr. 3.

Karl, B. "The influences of European competition la won health insurance systems." In: Den Exter, A.P. (ed.), *Competitive Social Health Insurance*, Rotterdam: Erasmus University Press 2005.

Kooij, P.A.C.E. van der, en S.J.A. Mulder. 1998. *Hoofdzaken mededingingsrecht*. Deventer: Kluwer.

McNair, R.M. 2003. "Most Favored Nation Clauses." (testimony), *Joint DOJ-FTC Hearings on Healthcare Antitrust*. Washington, DC.

Mededingingswet.

Nederlandse Grondwet.

NMa. 2001. *Richtsnoeren samenwerking bedrijven*. Den Haag: NMa.

NMa. 2001b. *Richtsnoeren boetetoemeting*. Den Haag: NMa.

NMa. 2002. *Richtsnoeren voor de zorgsector*. Den Haag: NMa.

NMa. 2003. *Brochure: Mededingingswet*. Den Haag: NMa.

NMa. 2004a. *Visiedocument: Concurrentie in de ziekenhuissector*. Den Haag: NMa.

NMa. 2004b. *Visiedocument Inkoopmacht*. Den Haag: NMa.

Nobels, C. 2005. *Doctoraalscriptie: prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC*. Rotterdam: Instituut Beleid en Management Gezondheidszorg.

RIVM. 2001. *Reistijd voor dagelijkse ziekenhuiszorg kan voor bijna iedereen in 30 minuten* [internet]. Laatst bijgewerkt op 16 maart 2006 [aangehaald op 1-6-2006]. Bereikbaar op http://www.rivm.nl/vtv/object_map/o4n26907.html.

San Giorgi, M. 2005. A juridical inquiry about the applicability of Article 87 of the European Community Treaty on the contributions of the risk equalization system of the Dutch Health Insurance Act. Rotterdam: Erasmus University.

Schut, F.T. en W.P.M.M. van de Ven. 2000. *Economische analyse van mededingingsbeperkende onderdelen van regionale collectieve overeenkomsten in de zorgsector*. Den Haag/Rotterdam: NMa/EUR.

Smeets, P.H.J. "De nieuwe Mededingingswet. Een algemene inleiding in het materiele recht van de Mededingingswet." In: *Concurrerende Praktijken, Jonge Balie Congres 1998*. Den Haag: Sdu uitgevers, p. 23-32.

SER. 1994. *Advies: Nieuwe Mededingingswet*. Den Haag: SER, Sociaal-Economische Raad.

SER. 2003. *Advies: Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*. Den Haag: SER, Sociaal-Economische Raad.

Slot, P.J., Ch.R.A. Swaak & M.S. Mulder. 2005. *Inleiding mededingingsrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Vektis (anoniem). 2006. *Interview naar aanleiding van het onderzoek*.

Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Verheugt, J.W.P. 1997. *Inleiding in het Nederlandse recht*. Deventer: Gouda Quint.

VNO-NCW. 1998. *Nieuwe Mededingingswet: vraag en antwoord*. Den Haag: Vereniging VNO-NCW.

Ziekenhuis (anoniem). 2006. *Interview naar aanleiding van het onderzoek*.

Zorgverzekeraar (anoniem). 2006. *Interview naar aanleiding van het onderzoek*.

Zorgverzekeraars Nederland. 2004. *DBC Inkoopgids B-segment* [internet]. Zorgverzekeraars Nederland, 1-11-2004 [aangehaald op 31-5-2006]. Bereikbaar op <http://www.zn.nl/leeszaal>.

Jurisprudentie

NMa, zaak 5052/32 en 5152/92, CZ-OZ.

NMa, zaak 4667/7, *Achmea-OZF-OZB*.

NMa, zaak 4093, *ONVZ-Zwolsche Algemeene*.

NMa, zaak 5105/59, *VGZ/IZA-Trias*.

NMa, zaak 5160/9, *Trias/MVZ*.

NMa, zaak 2324, *Amicon Groep-Het Anker*.

NMa, zaak 995, *Organisatie van Nederlandse Tandprotheticci versus Zorgverzekeraars en Zorgverzekeraars Nederland (ZN)*.

NMa, zaak 882, *Oostnederland-Leverancier hulpmiddelen m.b.t. diabetes/incontinentie/stomamiddelen*.

NMa, zaak 995, *ONT*.

NMa, zaak 3119, *Kingma*.

NMa, zaak 2600/41, *Ralet versus CZ en VGZ*.

NMa, zaak 145 en 652, *Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.

NMa, zaak 2872/33, *Beldico versus Nutricia & Friesche Vlag*.

NMa. 2005. GJ 2005/72.

LJN, zaak AS2706, *Hoge Raad inzake Apothekers / AGIS Zorgverzekeringen*, C04/049HR.

HvJEG, zaak T-391/99, *FENIN*, ECR 2003.

HvJEG, zaak C-41/90, *Höfner and Elser*, ECR 1991, I-1979

HvJEG, zaak C-159/91 en C-160/91, *Poucet and Pistre*, ECR 1993, I-637.

HvJEG, zaak C-244/94, *Fédération Française de Sociétés d'Assurance (FFSA)*, ECR 1995, I-4013.

HvJEG, zaak C-218/00, *Inail*, ECR 2002, I-691.

HvJEG, zaak C-67/96, *Albany*, ECR 1999, I-5751.

HvJEG, zaak C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, ECR 1999, I-6025.

HvJEG, zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECR 1999, I-6121.

HvJEG, zaak C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, *AOK Bundesverband (AOK)*, ECR 2004, I-2493.