

## Markttoezicht in de zorg: dicht het hiaat voor het te laat is

*Diederik Schrijvershof & Bas Braeken*

Inkoopmacht in de zorg kan voordelen opleveren voor de consument. Voorwaarde is dat er voldoende concurrentie tussen zorgverzekeraars is om die inkoopvoordelen door te geven aan de consument. Afgaande op het aantal polissen waar de Nederlander uit kan kiezen lijkt dit wel snor te zitten. Het aantal polissen doet vermoeden dat Nederland honderden zorgverzekeraars telt. Schijn bedriegt want al jaren hebben slechts vier zorgverzekeraars ca. 90% van de markt in handen. De markt is niet alleen geconcentreerd, maar kent ook hoge toetredingsdrempels. De enige serieuze potentiële toetreders in recente jaren, Anno12, redde het in ieder geval niet om deze drempels te slechten. Bijna tegelijkertijd aan de beslissing van Anno12 om haar poging te staken om als zorgverzekeraar te gaan opereren, stelde DSW – de vijfde zorgverzekeraar in Nederland – dat de grote zorgverzekeraars in Zorgverzekeraars Nederland-verband als een kartel opereren.<sup>1</sup> Wat daar verder van zij, feit is dat het aantal overstappers tussen zorgverzekeraars al jaren beperkt is. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de oude regionale monopolies van ziektekostenverzekeraars nog steeds duidelijk hun sporen nalaten in de vorm van (zeer) hoge regionale marktaandeelen. Een gezamenlijke campagne met overstapcoach van ACM en de NZa heeft dit nog niet veranderd.<sup>2</sup>

Zorgverzekeraars gedragen, zo menen zorgaanbieders, zich in toenemende mate als schadeverzekeraars die op hun stoel willen gaan zitten. Klachten dat zorg op papier wordt ingekocht op basis van prijs en kwaliteit, maar dat in de praktijk uitsluitend de prijs telt, zijn niet van de lucht. Zorgverzekeraars zijn al jaren niet happig op het onderhandelen met één of een aantal zorgaanbieders in de ‘eerste lijn’ (huisartsen e.d.). Zorgverzekeraars werken bovendien veelal op basis van standaardcontracten, omdat individuele contracten onmogelijk of op zijn minst inefficiënt zouden zijn. Die worden door aanbieders als ‘slikken of stikken contracten’ gekwalificeerd. Zorgaanbieders die proberen zich te verenigen stellen vaak daarvan af te zien omdat zij vrezen de Mededingingswet te overtreden. Weliswaar stelt ACM graag *guidance* te geven over dit soort situaties, maar toen ACM eerder dit jaar tien praktijksituaties via de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV) kreeg aangereikt, liet ACM de kans om duidelijk te maken wanneer samen-

1 <[www.volkskrant.nl/wetenschap/zorgverzekeraars-berispen-dissident~a3800586/](http://www.volkskrant.nl/wetenschap/zorgverzekeraars-berispen-dissident~a3800586/)>.

2 <[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13518/Toezichthouders-roepen-consumenten-op-hun-zorgverzekering-onder-de-loep-te-nemen/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13518/Toezichthouders-roepen-consumenten-op-hun-zorgverzekering-onder-de-loep-te-nemen/)> en <[www.consuwijzer.nl/zorg/zorgverzekeringen/zorgverzekering-vergelijken](http://www.consuwijzer.nl/zorg/zorgverzekeringen/zorgverzekering-vergelijken)>.

werkingen tussen huisartsen zijn toegestaan aan zich voorbij gaan.<sup>3</sup> Zo nam ACM niet de moeite in haar reactie op voldragen wijze uiteen te zetten wanneer er geprofiteerd wordt van de bagatelbepaling uit de Mededingingswet (art. 7 Mededingingswet). Ook werkte ACM bij geen enkele casus uit dat op grond van artikel 6 lid 3 Mededingingswet op zichzelf genomen mededingingsbeperkende afspraken toch zijn toegestaan indien, kort gezegd, de procompetitieve effecten groter zijn dan de concurrentiebeperkende effecten. Een huisarts of andere eerstelijnszorgaanbieder zal bij lezing van het ACM-document dan ook al snel gesterkt worden in de gedachte dat de Mededingingswet vooral een sta-in-de-weg is voor samenwerking.

ACM zegde in juni 2015 toe binnenkort met de NZa een document te publiceren met voorbeelden van inkoopmodellen: hoe kunnen huisartsen en andere eerstelijnsberoepsgroepen hun inkoop efficiënt organiseren zonder dat ze in strijd met de Mededingingswet handelen? Deze toelichting laat nog steeds op zich wachten. Dat is niet zonder gevolgen. Ook bij het contracteerproces voor 2016 moet de markt het stellen zonder doeltreffende *guidance* van ACM en de NZa. De praktijk leert dat bij afwezigheid van doeltreffende *guidance* zorgverzekeraars met een beroep op het mededingingsrecht onderhandelingen met bepaalde samenwerkingsverbanden, hoewel efficiencybevorderd, weigeren. Dat leidt bij zorgaanbieders, niet geheel onterecht, tot frustratie. Tegen deze achtergrond wekt het dan ook geen verbazing dat een oproep van huisartsen de Mededingingswet buiten toepassing te verklaren op zoveel steun kan rekenen.

Een ander veel gehoord geluid onder zorgaanbieders is dat zij met lege handen staan als zij de NZa vragen op te treden tegen (dreigend) misbruik van machtspositie (of beter: aanmerkelijke marktmacht ofwel AMM) door zorgverzekeraars. De NZa kan haar Good Contracting Practices niet handhaven nu dit geen dwingende regels zijn. Tegelijk heeft de NZa nog nooit op grond van haar aanmerkelijkemarktmachtbevoegdheden een AMM-maatregel opgelegd aan een zorgverzekeraar. Minister Schippers ziet een oplossing in de overheveling van het AMM-instrument van de NZa naar ACM. Of de aanbieders zijn gebaat met dit proces is maar zeer de vraag. Het wetsvoorstel dat de overheveling regelt, voorziet weliswaar in extra AMM-maatregelen, maar die zijn uitsluitend op te leggen aan zorgaanbieders en dus niet (tevens) aan zorgverzekeraars. Bovendien zal de overheveling op zijn vroegst in 2017 haar beslag krijgen. Daardoor dreigt het actuele markttoezicht in de zorg verder te worden uitgesteld. Het is immers voor de NZa onaantrekkelijk geworden om nu volop te gaan investeren in de inzet van haar AMM-instrument terwijl zij weet dat zij haar AMM-bevoegdheid op termijn verliest.

Doet de NZa dan nog wel iets om de chronische problemen bij het contracteerproces weg te nemen? Het antwoordt hierop luidt: weinig. De NZa gaf onlangs na

3 ACM doet huisarts en eerste lijn tekort in reactie op praktijksituaties, 16 juni 2015, zie <[www.maverick-law.com/nl/Blogs/279/ACM-doet-huisarts-en-eerstelijns-tekort-in-reactie-op-praktijksituaties.html](http://www.maverick-law.com/nl/Blogs/279/ACM-doet-huisarts-en-eerstelijns-tekort-in-reactie-op-praktijksituaties.html)>.

veel aandringen gehoor aan de oproep van zorgaanbieders om gebruik te maken van haar bevoegdheid om op grond van artikel 45 Wet Marktordening Gezondheidszorg een regeling op te stellen die zorgverzekeraars bij het contracteerproces dienen te volgen. Maar deze regeling bevat slechts vier, zeer breed geformuleerde, verplichtingen die eerst in 2016 zullen gelden. Kritiek van zorgaanbieders dat de regeling geen soelaas kan bieden omdat sprake is van een te beperkt aantal verplichtingen die bovendien onvoldoende concreet zijn, werd door de NZa genegeerd. Saillant detail is dat het verzoek van zorgverzekeraars om bepaalde verplichtingen uit de regeling ook op de zorgaanbieders te laten rusten wel gehonoreerd werd door de NZa. De regeling zorginkoop Zvw is inderdaad summier, bevat tal van open normen en ontbeert concrete minimumtermijnen. Als de Good Contracting Practices 2014 de NZa één ding hebben geleerd, dan is het dat er niet op mag worden vertrouwd dat zorgverzekeraars uit eigen beweging open normen ten gunste van zorgaanbieders gaan invullen. Door de kritiek op het gebruik van open normen en het gemis aan (minimum)termijnen in de wind te slaan heeft de NZa een regeling vastgesteld waarvan op voorhand duidelijk is dat die niet snel doeltreffend kan zijn.

Deregulering in de zorg is het gevolg van een politieke keuze die in 2006 leidde tot oprichting van de NZa. Want bij deregulering past, zeker in de zorg, effectief markttoezicht. In 2014 tekent de NZa over haar rol aan:

‘Een goed functionerende zorginkoop is daarom een cruciale voorwaarde voor een goede werking van de zorgmarkten. De NZa bewaakt het algemeen consumentenbelang. Hoewel de zorgconsument niet zelf optreedt op de zorginkoopmarkt, is het resultaat van de zorginkoop wel direct van invloed op de zorgmarkt (waar de consument zorg vindt) en de verzekeringsmarkt (waar de consument een zorgverzekering vindt). Vanwege haar taak het zorgstelsel te laten werken en het algemeen consumentenbelang te borgen, ziet de NZa toe op het functioneren van de zorginkoop.’<sup>4</sup>

Goed functioneren van de zorginkoop kan voorlopig nog niet zonder effectief markttoezicht. Vriend en vijand zijn het erover eens dat de zorg en de consument zijn gebaat bij effectief markttoezicht. Maar de vraag is of dat nu alleen door overheveling van taken van de NZa naar ACM te realiseren is. Het antwoord hierop luidt ontkennend. Beide toezichthouders beschikken namelijk allang over de juiste middelen, maar passen die simpelweg niet of althans halfslachtig toe. Zou men per direct het markttoezicht willen versterken, dan kan gedacht worden aan de volgende acties.<sup>5</sup> Ten eerste dat ACM alsnog de *guidance* geeft die de sector verdient en laat zien wat er wel mogelijk is bij samenwerking bij de zorginkoop door aanbieders. Ten tweede dat de NZa een artikel 45 Wmg-regeling voor de zorginkoop door verzekeraars vaststelt die wel voldoende concreet en doeltreffend is.

4 Monitor zorginkoop 2014, p. 11.

5 Voor een nadere toelichting zie <[www.maverick-law.com/nl/Zorg-Farma/Blog-zorgcontractering/277/Maverick-Advocaten-reageert-op-consultatie-overheveling-taken-van-NZa-naar-ACM.html](http://www.maverick-law.com/nl/Zorg-Farma/Blog-zorgcontractering/277/Maverick-Advocaten-reageert-op-consultatie-overheveling-taken-van-NZa-naar-ACM.html)>.

Ten derde dat de NZa het AMM-instrument gebruikt waar het volgens de Wet Marktordening Gezondheidszorg voor bedoeld is: ex ante optreden tegen dreigend misbruik van aanmerkelijke marktmacht. Het CBb (*apothek Breskens*) onderstreepte al dat de NZa misbruik niet hoeft aan te tonen alvorens AMM-maatregelen op te leggen. Dat geldt uiteraard ook wanneer een zorgverzekeraar bij de zorginkoop misbruik van haar machtspositie dreigt te gaan maken. Capaciteitsproblemen om het AMM-instrument daarbij vol te benutten, kunnen niet snel aan de orde zijn. De Wmg geeft de NZa al jaren de ruimte om - bij gebrek aan capaciteit of kennis - samen met ACM op te trekken (art. 18 lid 4 Wmg). Het primaire probleem is dus niet zozeer een gebrek aan bevoegdheden, maar een gemis aan de bestuurlijke wil om te interveniëren in het zorgcontracteringsproces als dat ten koste zou gaan van de zorgverzekeraar.

Het voorgaande laat onverlet dat ook het ministerie van VWS kan bijdragen aan het dichten van het hiaat dat bestaat bij het markttoezicht in de zorg. Op dit moment zijn de meeste AMM-verplichtingen (art. 48 Wmg) op te leggen aan zorgaanbieders en niet (tevens) aan zorgverzekeraars. Door meer op de zorgverzekeraars toegespitste AMM-maatregelen te introduceren kan de NZa beter opkomen tegen dreigend misbruik van inkoopmacht door zorgverzekeraars. Daarmee zou het AMM-instrument een evenwichtigere opbouw krijgen. Het uitbreiden van de bestaande set van ex ante verplichtingen kan bovendien relatief eenvoudig, namelijk door middel van een ministeriële regeling. Kortom, het hiaat in het markttoezicht laat zich makkelijk en snel dichten. Dat is in het directe belang van de consument, want zoals de NZa het in 2014 al treffend beschreef: een goed functionerende zorginkoop is een cruciale voorwaarde voor een goede werking van de zorgmarkten.