

# Autoriteit Consument & Markt



De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport  
Mevrouw drs. E.I. Schippers  
Postbus 20350  
2500 EJ 'S-GRAVENHAGE

Den Haag, 22 MEI 2015

**Aantal bijlage(n):** 1

**Uw kenmerk:** 759539-135962-MC

**Ons kenmerk:** ACM/DM/2015/202725

**Contactpersoon:**

**Onderwerp:** 15.0068.55 Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets

Geachte mevrouw Schippers,

Bij brief van 24 april 2015 (kenmerk: 759539-135962 MC) heeft u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) verzocht om een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT) uit te voeren op het voorstel van wet tot wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg (hierna: het wetsvoorstel).

Over het wetsvoorstel is constructief overleg gevoerd tussen uw ministerie, het ministerie van Economische Zaken, de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en ACM. ACM waardeert de collegiale wijze waarop is samengewerkt.

In deze brief vindt u de resultaten van het onderzoek dat ACM heeft uitgevoerd naar de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het wetsvoorstel. ACM wijst erop dat de UHT is uitgevoerd op de versie van het wetsvoorstel die bij brief van 24 april jl. bij ACM is ingediend.

## 1. Doelstelling wetsvoorstel

Het wetsvoorstel geeft uiting aan de wens van het kabinet om het markttoezicht in de zorg te versterken. In het wetsvoorstel wordt geregeld dat het sectorspecifieke markttoezicht (het instrument van aanmerkelijke marktmacht en de zorgspecifieke fusietoets) overgaat van de NZa naar ACM. Met de bundeling van het instrumentarium wordt beoogd het generieke en specifieke mededingingsinstrumentarium in de zorg beter op elkaar af te stemmen.

In de brief 'Kwaliteit loont' heeft het kabinet aangekondigd dat naast de overheveling naar ACM en de versterking van de capaciteit ook wordt gezocht naar aanscherping van het beleid. In het wetsvoorstel is een aantal aanpassingen doorgevoerd.



ACM oefent als zelfstandig bestuursorgaan haar publiekrechtelijke taken en bevoegdheden onafhankelijk uit ten opzichte van de betrokken ministers. Dat geldt ook voor de uitoefening van de hiervoor genoemde taken en bevoegdheden op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg), waarvoor u de betrokken minister bent. In de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt zijn enkele specifieke regels opgenomen die betrekking hebben op de relatie tussen de Minister van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu enerzijds en ACM anderzijds. Deze regels zullen ook gaan gelden voor de Minister van VWS. De Instellingswet Autoriteit Consument en Markt zal op dit punt worden gewijzigd.

## 2. Resultaat uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets

ACM acht het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar. Hieronder wordt ingegaan op een aantal aspecten uit het wetsvoorstel die voor ACM van belang zijn voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

### 2.1 Aanmerkelijke marktmacht

In het wetsvoorstel worden enkele aanpassingen van het instrument aanmerkelijke marktmacht voorgesteld. Zo wordt de in de aanhef van het huidige artikel 48, eerste lid, van de Wmg opgenomen zinsnede 'op een door de zorgautoriteit volgens de beginselen van het algemeen mededingingsrecht afgebakende markt' geschrapt. ACM is positief over de verwijdering van deze zinsnede. Dit geeft ACM in het marktanalyseproces de ruimte om anders dan via een klassieke marktafbakening de positie van partijen inzichtelijk te maken met het oog op het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht. In zijn algemeenheid kan de verplichting om een markt af te bakenen volgens de beginselen van het algemeen mededingingsrecht voordat kan worden vastgesteld of sprake is van aanmerkelijke marktmacht, naar het oordeel van ACM beperkend werken. Er zijn ook alternatieve methoden om aanmerkelijke marktmacht vast te stellen zonder dat per definitie de markt hoeft te worden afgebakend. Voor het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht zouden ook methodes een rol kunnen spelen die geen marktafbakening vereisen, zoals: *Logit Competition Index* (LOCI) en *Willingness to pay* (WTP).

Daarnaast wordt in het wetsvoorstel voorgesteld om in artikel 48, derde lid, van de Wmg een grondslag te maken om bij ministeriële regeling nadere regels te stellen over het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht en daarbij door ACM te hanteren methoden. ACM acht het echter niet nodig om hierover een delegatiebepaling in het wetsvoorstel op te nemen. Onderzoek door ACM zal uiteindelijk moeten uitwijzen of sprake is van aanmerkelijke marktmacht, in de zin dat een partij zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen ten opzichte van haar concurrenten en afnemers. ACM ziet geen toegevoegde waarde om regels inzake het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht en daarbij door ACM te hanteren methoden in een ministeriële regeling op te nemen, maar acht een toelichting met voorbeelden in de Memorie van Toelichting voldoende. Dit geeft ACM in de toekomst meer flexibiliteit om bijvoorbeeld nieuwe methoden te gebruiken. Ook in het algemene mededingingstoezicht zijn de methoden om markten in kaart te brengen niet dwingend voorgeschreven. ACM kan in haar uitvoeringspraktijk nieuwe (alternatieve) methoden gaan gebruiken indien deze wetenschappelijk en juridisch goed onderbouwd zijn.

Voorts bevat het wetsvoorstel voorstellen om de in artikel 48, eerste lid, van de Wmg opgenomen verplichtingen, die kunnen worden opgelegd bij het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht, te verduidelijken en worden twee nieuwe verplichtingen toegevoegd. ACM verwijst voor haar opmerkingen hierover naar de bijlage behorend bij deze brief.



## 2.2 Zorgspecifieke fusietoets

In het wetsvoorstel worden verschillende aanpassingen voorgesteld met betrekking tot de zorgspecifieke fusietoets. Deze aanpassingen hebben met name betrekking op de reikwijdte van de fusietoets. Daarnaast is een extra bepaling opgenomen waardoor de Minister van VWS aanvullende voorwaarden kan stellen waarop ACM haar toestemming aan een concentratie kan onthouden. In de Memorie van Toelichting wordt voorts aangegeven dat de administratieve procedures bij ACM zoveel mogelijk worden gestroomlijnd. Op deze drie elementen gaat ACM hierna in.

### *Reikwijdte*

Ten aanzien van de reikwijdte stelt ACM vast dat het wetsvoorstel grotendeels tegemoet komt aan de problemen die zich in de uitvoeringspraktijk bij de NZa voordoen en waarnaar verwezen wordt in de Memorie van Toelichting. Voor een aantal specifieke opmerkingen ten aanzien van de reikwijdte van de zorgspecifieke fusietoets verwijst ACM naar de bijlage bij deze brief.

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld (artikel 49a, eerste lid) om niet meer uit te gaan van het aantal personen dat zorg verleent, maar uit te gaan van een omzetrempel, waarbij wordt aangesloten bij de systematiek van de Mededingingswet. ACM is positief over deze wijziging. In de Memorie van Toelichting is daarbij aangegeven dat partijen die nu onder de verplichte toets vallen, door deze wijziging straks niet meer deze procedure hoeven te doorlopen. ACM merkt hierbij op dat dit wel afhankelijk is van de hoogte van de omzetrempels die bij ministeriële regeling zullen worden vastgesteld. Het lijkt ACM goed als bij de vaststelling van de hoogte van de omzetrempels wordt aangesloten bij de omzetrempels van de Mededingingswet.

### *Aanvullende voorwaarden*

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld in artikel 49c, eerste lid, onderdeel e, de bepaling op te nemen dat ACM een concentratie tussen zorgaanbieders haar toestemming kan onthouden als niet aan de voorwaarden is voldaan die de Minister van VWS heeft gesteld. Momenteel is nog niet duidelijk of en hoe deze voorwaarden worden ingevuld. In de Memorie van Toelichting is vermeld dat hierbij vooral gedacht moet worden aan de publieke belangen betaalbaarheid en toegankelijkheid. ACM merkt op dat deze wetsbepaling uitsluitend uitvoerbaar is wanneer de eventuele voorwaarden die door de Minister van VWS worden gesteld concreet en duidelijk worden geformuleerd.

### *Stroomlijning*

Tot slot wordt in de Memorie van Toelichting op diverse plaatsen aangegeven dat de administratieve procedures bij ACM zoveel mogelijk worden gestroomlijnd. Het is ACM niet duidelijk wat hier precies mee wordt bedoeld. Volgens het wetsvoorstel kan, net als nu het geval is, pas een melding in het kader van de Mededingingswet bij ACM worden gedaan op het moment dat goedkeuring is verkregen op grond van de zorgspecifieke fusietoets. Dit betekent dat de zorgspecifieke fusietoets en de fusietoets op basis van de Mededingingswet twee gescheiden procedures zijn en blijven. Voor zover u overweegt om beide procedures te stroomlijnen, is ACM bereid om dit samen met u nader te onderzoeken.



### **3. Consequenties wetsvoorstel voor de uitvoeringslasten**

Ter versterking van de capaciteit van het sectorspecifieke markttoezicht op de zorg, zoals beschreven in dit wetsvoorstel, wordt de capaciteit bij ACM uitgebreid met circa 20 fte. Daarnaast wordt de huidige capaciteit van de NZa voor het instrument aanmerkelijke marktmacht en de zorgspecifieke fusietoets overgeheveld naar ACM.

ACM wil een duidelijk inzicht krijgen in mogelijke problemen die op zorgmarkten spelen. De extra capaciteit stelt ACM in de gelegenheid marktonderzoek te doen naar zorgmarkten, waarbij het veld breed geconsulteerd zal worden. Het onderzoek zal onder andere betrekking hebben op de wijze waarop de markt werkt, welke problemen worden ervaren door de betrokken marktpartijen, wat hier de mogelijke achtergronden van zijn en welke oplossingen partijen hiervoor zouden willen aandragen. Het ligt voor de hand dat de in de evaluatie van de Zorgverzekeringswet gesignaleerde aandachtspunten rond de marktpositie van GGZ en specialistische zorg, maar ook het functioneren van de zorgverzekeringsmarkt, daarin een plek krijgen. Op basis van het onderzoek kan ACM vervolgens bezien welke problemen zich voordoen en welke instrumenten passend zijn om de geconstateerde problemen op te lossen.

### **4. Slotopmerkingen**

Het wetsvoorstel geeft de ruimte om de zorgspecifieke toets uit te breiden met aanvullende voorwaarden. Indien voldoende geconcretiseerd kunnen deze voorwaarden tegemoet komen aan de wens die in de brief 'Kwaliteit loont' is opgenomen om de 'fusiedrift' aan te pakken. Een inhoudelijke toets kan bijvoorbeeld bestaan uit een toets op meerwaarde – een fusie is verboden, tenzij meerwaarde op (één of meer) publieke belangen is aangetoond – of een toets op minimumnormen – een fusie mag doorgaan, mits bepaalde minimumnormen als gevolg van de fusie worden gehaald. Een inhoudelijke toets is echter alléén een optie als de wetgever in staat zal zijn de normen voor kwaliteit, toegankelijkheid en/of betaalbaarheid nader in te (laten) vullen. Het invullen van deze normen is een politieke keuze.

Wanneer de zorgspecifieke fusietoets niet een inhoudelijke toets wordt met duidelijke normen voor publieke belangen, zal de overheveling van dit instrument ACM niet in staat stellen om meer fusies in de zorg tegen te houden.

Tot slot merkt ACM op dat met de hiervoor vermelde extra capaciteit zij in staat zal zijn om de nieuwe taken op grond van de Wmg effectief uit te voeren, alsmede om gedegen inzicht te krijgen in de zorgmarkt. Voor zover in het wetsvoorstel nog wijzigingen worden aangebracht ten opzichte van de versie van 24 april jl., merkt ACM op dat zij – indien zij dat nodig acht – een aanvullende UHT aan u zal uitbrengen.

**Autoriteit  
Consument & Markt**



Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

mr. C.A. Fonteyn  
bestuursvoorzitter

**5/7**



## Bijlage

ACM maakt hieronder een aantal opmerkingen bij de voorgestelde wijzigingen van artikel 48 van de Wmg (inzake aanmerkelijke marktmacht) en van artikel 49a van de Wmg (inzake zorspecifieke fusietoets) en de Memorie van Toelichting op deze artikelen.

### Aanmerkelijke marktmacht

1. Artikel 48 onderdeel f. biedt ACM de mogelijkheid een zorgaanbieder te verplichten om door ACM te bepalen zorg onder redelijke voorwaarden te leveren aan consumenten. Het algemene deel van de Memorie van Toelichting geeft aan dat deze aanpassing ACM in staat moet stellen om – naast een bestaande contractuele relatie tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar – zorgaanbieders ook een daadwerkelijke leveringsplicht voor de gecontracteerde zorg op te leggen ten behoeve van consumenten. De artikelsgewijze toelichting geeft echter een andere argumentatie. ACM verzoekt de artikelsgewijze toelichting in overeenstemming te brengen met de toelichting bij deze bepaling zoals die is verwoord in het algemene deel van de toelichting bij het wetsvoorstel.

2. Artikel 48 onderdeel j. geeft ACM de bevoegdheid tot het opleggen van de verplichting tot het hanteren van een door ACM vast te stellen maximum- of minimumprijs voor een door ACM aan te wijzen dienst of levering. De Memorie van Toelichting geeft aan dat het voor ACM mogelijk is om tegelijk een maximum- en minimumtarief te bepalen, en aldus een bandbreedte vast te stellen. Vanuit het oogpunt van mogelijke mededingingsproblemen is voor ACM niet evident wat hiermee wordt beoogd, in het bijzonder wat de aanleiding zou kunnen zijn om beide interventies tegelijkertijd toe te passen. ACM zou dit graag verduidelijkt zien.

3. Artikel 48 onderdeel o. geeft ACM de bevoegdheid tot het opleggen van de verplichting voor een zorgaanbieder om een consument gebruik te kunnen laten maken van een andere zorgaanbieder. Voor zover deze bepaling beoogt een verwijsplicht te introduceren om de keuzevrijheid van consumenten te vergroten, geeft ACM in overweging om de bepaling niet te beperken tot AMM partijen. Op markten met veel aanbieders zal het aantal partijen dat een AMM verplichting krijgt opgelegd waarschijnlijk beperkt zijn. Een generieke verplichting om keuze te bieden bij doorverwijzing, bijvoorbeeld indien een huisarts doorverwijst naar een apotheek, zou voornoemde doelstelling om keuzevrijheid te verruimen effectiever maken. Toezicht op de naleving van zo'n generieke verplichting kan dan buiten het toezichtdomein van ACM blijven.



### **Zorgspecifieke fusietoets**

1. In de Memorie van Toelichting wordt gemarkeerd dat het vanuit het borgen van de zorgspecifieke belangen van belang is om ook concentraties te beoordelen waarbij slechts één zorgaanbieder betrokken is. In het wetsvoorstel is in artikel 49a, eerste lid, onder b, echter opgenomen dat ten minste twee van de betrokken ondernemingen zorg dienen te verlenen. Om de wettekst in overeenstemming te brengen met de tekst in de Memorie van Toelichting dient in artikel 49a, eerste lid, onder b, de zinsnede 'die is behaald met het verlenen van de zorg, bedoeld in onderdeel a' te worden geschrapt.

2. ACM wijst verder op een consequentie van het aanpassen van de reikwijdte op de voorgestelde manier. Het huidige voorstel betekent dat bijvoorbeeld elke overname door een investeringsmaatschappij die een belang heeft in een zorgonderneming – ongeacht of het hier om een over te nemen zorgaanbieder gaat of niet – onder de reikwijdte van de zorgspecifieke fusietoets valt. Dit acht ACM onwenselijk. Tevens is dit niet in overeenstemming met de Memorie van Toelichting. Voor zover u voornemens bent om dit aan te passen, is ACM bereid om dit samen met u nader te onderzoeken.

3. Het voorgestelde artikel 49a, derde lid, bepaalt dat de aanvraag van de toestemming ingediend wordt door de ondernemingen die de concentratie tot stand brengen. In de praktijk zullen veel verzoeken gezamenlijk worden gedaan, maar ACM merkt op dat het niet nodig is om een gezamenlijk verzoek als verplichting op te nemen. Dit kan worden aangepast door 'de ondernemingen die de concentratie tot stand brengen' te vervangen door 'degene of degenen die concentratie tot stand brengen'. In de Memorie van Toelichting kan duidelijk worden gemaakt dat de indiening door een van de ondernemingen die de concentratie tot stand brengt de andere onderneming(en) ontslaat van de verplichting om te melden.