

# Nederlandse Mededingingsautoriteit

# NMa

Nederlandse Zorgautoriteit

0800011094 ontvangen 13/03/2008



Aan

Nederlandse Zorgautoriteit  
Drs. J.M. Pecht  
Postbus 3017  
3502 GA Utrecht

Datum

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Bijlage(n)

12 MRT 2008

6330/1.b1047

Onderwerp

Reactie consultatiedocument "Dieetadvisering"

Geachte heer Pecht,

Op 29 januari 2008 heeft u de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) verzocht om te reageren op het Consultatiedocument "Dieetadvisering" (hierna: het Consultatiedocument) van de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa). Het Consultatiedocument heeft tot doel om de daarin gepresenteerde analyses met betrekking tot het introduceren van vrije prijsvorming op de markt voor dieetadvisering te toetsen. In deze brief zal de NMa haar reactie geven op het voorgelegde Consultatiedocument.

In Hoofdstuk 3 van het Consultatiedocument gaat de NZa specifiek in op (het risico van) kartelvorming en misbruik van verkoop- of inkoopmacht op de markt voor dieetadvisering. Deze onderwerpen betreffen echter de bevoegdheden die de NMa heeft op grond van artikel 6 en 24 Mededingingswet. In dat kader kan de vraag worden gesteld of een en ander op deze wijze moet worden geadresseerd in een Consultatiedocument van de NZa.

Hieronder zullen een aantal kanttekeningen worden geplaatst bij de in Hoofdstuk 3 opgenomen analyses. Opgemerkt wordt dat de NMa deze opmerkingen reeds in haar reactie op het eerdergenoemde Consultatiedocument "Vrije prijsvorming mondzorg" naar voren heeft gebracht.

### Consultatievraag 11

De NZa concludeert in paragraaf 3.2.1 dat diëtisten niet over een economische machtspositie zouden beschikken, omdat verzekeraars en consumenten bij te hoge prijzen kunnen kiezen voor een andere aanbieder. Allereerst merkt de NMa op dat de NZa over bevoegdheden beschikt met betrekking tot aanmerkelijke marktmacht en niet met betrekking tot economische machtsposities. De NMa heeft ingevolge artikel 24 Mededingingswet en artikel 82 EG-Verdrag wel bevoegdheden

Postbus 16326

2500 BH Den Haag

Wijnhaven 24

2511 GA Den Haag

Muzenstraat 81

2511 WB Den Haag

T: [070] 330 33 30

F: [070] 330 33 70

E-mail: [info@nmanet.nl](mailto:info@nmanet.nl)

Website: [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)

met betrekking tot economische machtsposities. Hoewel het inderdaad niet aannemelijk lijkt dat er op de markt voor dieetadvies sprake is van diëtisten met een economische machtspositie, kan zulks alleen in een concreet geval en na afbakening van de relevante markt worden vastgesteld. Een dergelijke algemene conclusie kan in het onderhavige Consultatiedocument naar het idee van de NMa niet worden getrokken. Daarvoor is een nadere onderbouwing en specificering per regio noodzakelijk.

Het Consultatiedocument vermeldt daarnaast dat een goede werking van de markt kan worden belemmerd doordat partijen bewust de mededinging beperken (p. 33). Uiteraard kan de goede werking van de markt ook worden belemmerd als partijen de mededinging onbewust beperken.

Voorts wordt in paragraaf 3.2.2 gesteld dat de NZa verwacht dat de ruimte voor kruissubsidiëring door (thuiszorg)instellingen klein is gezien de huidige situatie op de markt voor thuiszorg waarbij sprake is van onzekerheid en winstmarges onder druk staan. In het licht van de aandacht die de NMa heeft besteed aan thuiszorginstellingen bij de recente presentatie van haar Jaaragenda 2008 geeft de NMa de NZa in overweging om bij deze beoordeling de nodige terughoudendheid in acht te nemen.

#### Consultatievraag 13

In paragraaf 3.2.3 komt de NZa op basis van een korte analyse tot de conclusie dat het risico op kartelvorming op de markt voor dieetadvies beperkt zou zijn. De NMa kan deze conclusie op basis van de voorliggende analyse echter niet delen.

In de eerste plaats ontbreekt een aantal "risicofactoren" in de analyse. Zo zijn (onder meer) de aard van de te verrichten diensten (homogeen of heterogeen), de mate van innovatie in de betreffende sector en de organisatiegraad in de vorm van (sterke) brancheverenigingen van belang bij de beoordeling van het risico op collusie in een bepaalde sector. Ook gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden kunnen een indicatie geven van het risico op collusie. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het op pagina 20 van het Consultatiedocument vermelde feit dat vrijgevestigde diëtisten tot 1 januari 2005 via de Stichting Thuiszorg Nederland gezamenlijk productieafspraken zouden hebben gemaakt met de zorgkantoren. Hoewel (een aantal van) deze aspecten wel elders in het Consultatiedocument worden besproken, lijken ze niet in de analyse te zijn meegenomen.

Naast het feit dat een aantal risicofactoren in de analyse lijkt te ontbreken, lijkt de analyse van de besproken risicofactoren voorts onduidelijk. Zo vermeldt het Consultatiedocument ten aanzien van de concentratiegraad op de markt voor dieetadvies dat de structuur van deze markt, waarop een groot aantal kleine spelers actief is, collusie tot gevolg kan hebben (p. 35). Het is in de eerste plaats onduidelijk of de NZa thuiszorginstellingen die dieetadvies aanbieden ook schaarft onder het begrip "kleine speler". De NMa merkt daarnaast op dat bij (regionale) markten waarop een groot aantal kleine spelers actief is in het algemeen eerder sprake zal zijn van een lager risico op collusie.

Het Consultatiedocument vermeldt daarnaast dat het risico op collusie kleiner zou zijn als gevolg van de marktmacht van de verzekeraars (p. 36). Het is niet geheel duidelijk waarom het bestaan van inkoopmacht het risico op collusie zou verkleinen. Collusie kan immers ook plaatsvinden in de vorm van het creëren van verkoopmacht door zorgaanbieders die hun individuele onderhandelingspositie tegenover verzekeraars niet sterk (genoeg) achten.

Ten aanzien van paragraaf 3.2.3 merkt de NMa voorts nog het volgende op.

De in deze paragraaf genoemde afspraken zijn volgens het Consultatiedocument op grond van artikel 6 Mededingingswet verboden (p. 36). Enige nuancering zou hier echter op zijn plaats zijn. Hoewel de betreffende afspraken bijna altijd zijn verboden op grond van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet, kunnen er uitzonderingen van toepassing zijn. In dit verband kan worden gewezen op de bagatelregeling van artikel 7 Mededingingswet alsmede op de in artikel 6, derde lid, Mededingingswet opgenomen uitzondering. Daarnaast zou in voetnoot 37 vermeld kunnen worden dat de opsomming prijsafspraken, marktverdelingsafspraken, gemeenschappelijke leveringsweigering niet uitputtend is. Ten aanzien van de uitleg bij het begrip marktverdelingsafspraken zou kunnen worden opgenomen dat het aanbieden van dieetadvies niet is toegestaan om afspraken te maken over de geografische verdeling of de verdeling van productmarkten. Eén en ander is nader toegelicht in de Richtsnoeren voor de zorgsector die de NMa recent heeft herzien. De NZa zou hiernaar kunnen verwijzen.

Het Consultatiedocument vermeldt voorts dat samenwerkingsverbanden tussen zorgaanbieders in principe zouden dienen open te staan voor alle zorgaanbieders (p. 35). Dit is niet geheel juist. Zorgaanbieders zijn in beginsel vrij om te bepalen met welke zorgaanbieders zij willen samenwerken. Echter, als de deelneming aan het samenwerkingsverband belangrijke economische voordelen met zich brengt die niet op een andere manier zelfstandig kunnen worden behaald, dan kan een situatie ontstaan waarbij het voor een zorgaanbieder moeilijk wordt om zich op de markt te vestigen of te handhaven zonder dat deze bij het samenwerkingsverband is aangesloten.<sup>1</sup> Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij gezamenlijke elektronische netwerken. In deze situatie mag aan andere zorgaanbieders alleen toegang worden geweigerd op basis van een objectieve rechtvaardiging.<sup>2</sup> Aan de toetreders mag wel worden gevraagd om een passende investeringsbijdrage te leveren.

In paragraaf 3.2.3 wordt ten slotte opgemerkt dat het algemeen mededingingsrechtelijk kader instrumenten bevat om eventuele kartelvorming te adresseren, als collusie zich zou voordoen, terwijl de NZa ook let op ongeoorloofde vormen van samenwerking (p. 36). Deze passage zou

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501, *Wilhelmina apotheek- Dienstapothek regio Assen*.

<sup>2</sup> Zoals bijvoorbeeld technische onmogelijkheden. Dit mag echter niet zo ver gaan dat een samenwerkingsverband bewust voor een techniek kiest die toetreding belemmert.

verwarrend kunnen zijn, in de zin dat er in valt te lezen dat de NZa kartelvorming zou adresseren, terwijl dit de taak van de NMa is. De NMa zou daarom graag zien dat duidelijk wordt vermeld dat het de taak van de NMa is om kartelvorming te adresseren.

#### Consultatievraag 14

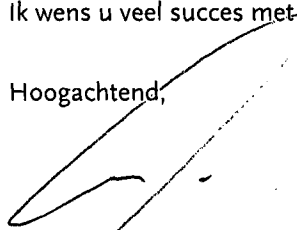
In de analyse over mogelijk misbruik van inkoopmacht wordt een aantal argumenten voor en tegen misbruik van inkoopmacht gepresenteerd. Vervolgens concludeert de NZa in zijn algemeenheid dat de prikkels die verzekeraars ervaren om misbruik te maken beperkt zijn. Een daadwerkelijke afweging van de gepresenteerde argumenten ontbreekt echter in de analyse.

Uit de bewoordingen van de analyse over mogelijk misbruik van inkoopmacht lijkt voorts te volgen dat het hebben van inkoopmacht betekent dat een verzekeraar beschikt over aanmerkelijke marktmacht. Voor het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht zal het feit dat een verzekeraar beschikt over inkoopmacht echter niet voldoende zijn. Immers, verzekeraars kunnen over (een bepaalde mate van) inkoopmacht beschikken zonder dat zij daadwerkelijk over aanmerkelijke marktmacht beschikken.

Ik hoop hiermee te hebben kunnen bijgedragen aan de analyse naar de mogelijkheden voor het vrijgeven van de markt voor dietadvisering. Mocht u vragen hebben, dan kunt u uiteraard contact met ons opnemen en wel via de heer mr. J. Braaksma (tel: 070 - 330 1772) en mevrouw mr. J.P.E. van Tartwijk (tel: 070 - 330 1348).

Ik wens u veel succes met de verdere afronding van dit dossier.

Hoogachtend,



Mr. G.J.C.M. Bakker  
Directeur Concurrentietoezicht  
Nederlandse Mededingingsautoriteit