

Toelichting

Toepassing artikel 45 Wmg

december 2009

Inhoud

Vooraf	5
1. Artikel 45 Wmg	7
2. Reikwijdte	9
3. Overwegingen ten aanzien van soorten marktpartijen	11
3.1 Algemeen: nadruk op verkoopmacht en uitsluiting	11
3.2 Ziektekostenverzekeraars	12
3.3 Zorgkantoren	12
3.4 Zorgaanbieders	13
3.5 Consumenten	13
4. Overwegingen ten aanzien van soorten ingrijpen	15
4.1 Structurele kenmerken	15
4.2 Contractuele voorwaarden	15
4.2.1 Bevorderen van de concurrentie	15
4.2.2 Inzichtelijkheid van zorgmarkten	16
4.3 Wijze van totstandkomen van overeenkomsten	16
4.4 Toegang	16
5. Verhouding tot andere bevoegdheden NZa	19
5.1 AMM	19
5.2 Transparantie	19
6. Bezwaar en beroep	21
7. Evaluatie	23

Vooraf

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) is de marktmeester voor de zorginkoopmarkten, de zorgverzekeringsmarkten en de zorgverleningsmarkten. De NZa ziet hierbij toe op zowel gereguleerde als op geliberaliseerde markten en stelt bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop. Hiertoe beschikt de NZa op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) over een aantal algemene marktordenende bevoegdheden. Dit betreft transparantievoorschriften, administratievoorschriften, tarief- en prestatieregulering, en de bevoegdheid tot het ingrijpen in (de wijze van tot stand komen van) overeenkomsten.

Dit document heeft betrekking op deze laatste bevoegdheid, en dient ertoe om de marktpartijen te informeren over de wijze waarop de NZa naar de huidige stand van zaken voornemens is deze bevoegdheid toe te passen. Overigens heeft de NZa al gebruik gemaakt van deze bevoegdheid door vaststelling van de regeling inzake transparantie contracteerproces AWBZ (CA/NR-100.078). Gelijktijdig met publicatie van het huidige document zal ook de regeling voorwaarden voor overeenkomsten inzake elektronische netwerken met betrekking tot de zorg openbaar worden gemaakt (CI/NR – 100.099). Het huidige document is een levend document in de zin dat het van tijd tot tijd zal worden aangepast naarmate de praktijk van de toepassing van artikel 45 Wmg door de NZa zich verder ontwikkelt.

de Raad van Bestuur van de Nederlandse Zorgautoriteit,

mw. drs. C.C. van Beek MCM
voorzitter a.i.

1. Artikel 45 Wmg

De tekst van artikel 45 Wmg luidt als volgt:

“Artikel 45

De zorgautoriteit kan, met het oog op de inzichtelijkheid van de zorgmarkten of de bevordering van de concurrentie, regels stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten.”

Het inzetten van deze bepaling is enerzijds volgens de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Wmg strikt genormeerd met als doelen de inzichtelijkheid van zorgmarkten of bevordering van de concurrentie. Artikel 45 Wmg is anderzijds een vergaande bevoegdheid, vooral gezien de mogelijkheid van ingrijpen in contractsvrijheid. Bovendien omvat zij ook de wijze van totstandkomen van contracten, en daarmee ook de selectie van contractpartijen – zoals bij een veiling, een aanbesteding, of indien het verstrekken van toegang tot samenwerkingsverbanden wordt verplicht.

Artikel 45 Wmg is een van de artikelen in de Wmg waarin de NZa algemene marktordenende bevoegdheden krijgt toebedeeld (de andere voorbeelden betreffen zoals reeds genoemd transparante consumenteninformatie, administratievoorschriften, tarief- en prestatieregulering). Ook kan de NZa op basis van artikel 45 Wmg optreden zonder voorafgaand een aanwijzing te hebben ontvangen van de Minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport (VWS). Het is wel altijd mogelijk dat de Minister op basis van een aanwijzing de uitvoering van de Wmg door NZa stuurt, bijvoorbeeld door in gevallen waarin de NZa geen regel stelt een aanwijzing te geven om een regel te stellen, of door een aanwijzing te geven om een bestaande regel voor de toekomst te wijzigen.¹

Artikel 45 Wmg is dan ook van belang als algemeen reguleringsinstrument op zorgmarkten.

¹ Hetzelfde geldt voor transparantie en administratievoorschriften. Een voorafgaande aanwijzing is verplicht bij het vastleggen dan wel wijzigen van de tariefsoort (vrij, vast, maximum, minimum of bandbreedte) en voor experimenten (op basis van Artikel 7(2) juncto 57(4), 58 en 59 Wmg).

2. Reikwijdte

Artikel 45 Wmg is opgenomen in paragraaf 4.2 van de Wmg (“Algemene verplichtingen van zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars”), waaruit volgt dat regels kunnen worden vastgesteld die op alle zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars in de zin van de Wmg van toepassing zijn.

Uitgaande van drie soorten partijen in de Wmg, consumenten, zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars strekt de reikwijdte van artikel 45 Wmg zich dus uit over overeenkomsten met betrekking tot zorg en/of tarieven in de zin van de Wmg tussen:

- zorgaanbieders en consumenten;
- ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders;
- zorgaanbieders onderling;
- zorgkantoren en zorgaanbieders.

Het gaat daarbij over:

- de wijze van tot stand komen van contracten;
- danwel concrete contractuele bepalingen.

En ten behoeve van:

- de inzichtelijkheid van zorgmarkten, en/of;
- de bevordering van de concurrentie op zorgmarkten.

Het gebruik van artikel 45 Wmg is verder als volgt nader genormeerd: alleen wanneer de NZa algemene, structurele (markt-) belemmeringen constateert, kan zij ingrijpen door aan alle zorgaanbieders of alle ziektekostenverzekeraars op de desbetreffende deelmarkt op de genoemde onderdelen verplichtingen op te leggen die de concurrentie en/of de inzichtelijkheid van de markt bevorderen.²

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 186, nr. 8, blz. 7. “Gezien de ingrijpende gevolgen die deze regels kunnen hebben voor betrokken marktpartijen, is het gebruik van de regels geclausuleerd: alleen wanneer de NZa algemene, structurele marktbelemmeringen constateert, kan zij ingrijpen door alle zorgaanbieders of alle verzekeraars op de desbetreffende deelmarkt op de genoemde onderwerpen verplichtingen op te leggen die de concurrentie bevorderen. De NZa dient zoveel mogelijk een gelijk speelveld te creëren. Dit houdt in dat zij bij het stellen van algemene regels geen onderscheid maakt tussen ondernemingen die op dezelfde deelmarkt opereren. Bijvoorbeeld regels over de manier waarop overeenkomsten op de zorginkoopmarkt tot stand komen.”

3. Overwegingen ten aanzien van soorten marktpartijen

Hieronder worden enkele overwegingen gegeven ten aanzien van de vraag welke soorten marktpartijen het meest voor regulering op basis van artikel 45 Wmg in aanmerking zouden kunnen komen en waarom. Eerst wordt hiertoe gerefereerd aan het prioriteringskader dat al eerder is ontwikkeld voor aanmerkelijke marktmacht (AMM).

3.1 Algemeen: nadruk op verkoopmacht en uitsluiting

Ten aanzien van haar bevoegdheden inzake AMM heeft de NZa een algemene benadering ontwikkeld die verkoopmacht prioriteit geeft boven inkoopmacht, en uitsluiting voorrang geeft boven uitbuiting. Voor zover de doelstelling van de toepassing van artikel 45 Wmg het bevorderen van concurrentie betreft ligt het voor de hand dat hier dezelfde prioriteiten gelden.

Dit betekent dat de aandacht vooral zal uitgaan naar de voorwaarden die zorgaanbieders hanteren ten opzichte van ziektekostenverzekeraars en van consumenten. Er kan, althans in de curatieve sector, in het algemeen immers vanuit worden gegaan dat de markt voor ziektekostenverzekeraars redelijk concurrerend is, terwijl dit niet altijd het geval is voor de markten waarop zorgaanbieders actief zijn. Het stimuleren van toetreding door nieuwe zorgaanbieders (bijvoorbeeld door toegang tot bestaande overeenkomsten te regelen indien dit noodzakelijk is voor effectieve toetreding) is in deze context ook een logische stap omdat dit een van de manieren is waarop de NZa concurrentie op gang kan brengen.

Ook de voorwaarden die ziektekostenverzekeraars hanteren tegenover zorgaanbieders, respectievelijk de wijze waarop zij hun contractpartijen selecteren kunnen invloed hebben op de structuur van het aanbod door zorgaanbieders. Door bijvoorbeeld voor een veiling- of een aanbestedingsmodel te kiezen kunnen ziektekostenverzekeraars de toetreding stimuleren en de bestaande aanbodstructuur van de markt opschudden. De 'inkoopmacht' van de ziektekostenverzekeraars kan op deze wijze worden gebruikt en/of versterkt om het ontstaan van een gezonde marktstructuur te bevorderen.

Verder kan ook ingrijpen in de verhoudingen van de zorgaanbieders onderling – bijvoorbeeld een verplichting tot het verlenen van toegang van samenwerkingsverbanden – in de rede liggen teneinde de concurrentie te bevorderen. Dit geldt bijvoorbeeld wanneer die samenwerking economische voordelen biedt die niet op andere wijze kunnen worden behaald.

Een belangrijk verschil met AMM is natuurlijk dat bij het inzetten van artikel 45 Wmg alle partijen aan een kant van de markt of zelfs aan beide kanten van de markt (bijvoorbeeld alle ziektekostenverzekeraars of zorgkantoren en/of alle zorgaanbieders), maar ook een bepaalde deelmarkt (alle apothekers en/of alle huisartsen) in één keer kunnen worden gereguleerd en hier geen machtspositievereiste geldt. De toepassing van AMM bevoegdheden vindt daarentegen van geval tot geval plaats en alleen op partijen met AMM (machtspositie). Het bestaan

van AMM moet voorts worden vastgesteld op basis van de stappen zoals uiteengezet in de beleidsregel aanmerkelijke marktmacht in de zorg³ en de toelichting daarbij, waaronder een formele marktafbakening.

3.2 Ziektekostenverzekeraars⁴

Artikel 45 Wmg ziet met name op zorgverzekeraars in hun rol op de zorginkoopmarkt – immers waar het gaat om overeenkomsten met betrekking tot zorg en tarieven. Omdat het begrip zorgverzekeringen uit de tekst van artikel 45 Wmg is weggelaten mag worden aangenomen dat de verzekeringsmarkt hier niet onder valt.⁵ De wetgever heeft op dit punt kennelijk de bescherming van de consument zoals die is opgenomen in de Zorgverzekeringswet voldoende geacht.⁶

In het bijzonder kan worden gedacht aan het bevorderen van toetreding aan de kant van de zorgaanbieders. Dit kan gedaan worden door de wijze waarop overeenkomsten tussen zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars totstandkomen te normeren (bijvoorbeeld, zoals reeds eerder werd genoemd, via het opleggen van een veiling- of aanbestedingsplicht).

3.3 Zorgkantoren

Zorgkantoren voeren voor de AWBZ verzekeraars hun taken onder de AWBZ uit. Dezelfde partijen zijn ook actief als zorgverzekeraars in de zin van de Zvw. De zorgkantoren beschikken over regionale inkoopmonopolies voor AWBZ zorg en staan op basis van artikel 16, onder d, Wmg onder toezicht van de NZa ten aanzien van hun plicht tot rechtmatige en doelmatige uitvoering van de AWBZ. Hiertoe voert de NZa een jaarlijkse toets op het inkoopbeleid van zorgkantoren uit.

Het zorginkoopbeleid van de zorgkantoren moet voor bestaande en nieuwe aanbieders transparant, non-discriminatoire en toetsbaar zijn. De NZa heeft in dit kader een Regeling gebaseerd op artikel 45 Wmg aangenomen die bepaalt dat zorgkantoren bekend te maken volgens welke modellen zij zorgaanbieders contracteren. Ook moeten zorgaanbieders kunnen berekenen of er sprake zal zijn van een korting op het voor hen geldende tarief wegens overschrijding van de regionale contracteerruimte.⁷

Mocht uit het onderzoek van de NZa blijken dat een probleem in de uitvoering structureel van aard is, en dat de oplossing daarvan betrekking heeft op transparantie of bevordering van de concurrentie (zoals toetreding), dan ligt het voor de hand om te bezien of de inzet van artikel 45 Wmg aangewezen is. Ook indien risico's bestaan van ongewenste kruiselingse effecten tussen de activiteiten van zorgkantoren

³ Beleidsregel AL/BR-100.069.

⁴ Zorgverzekeraars zijn verzekeraars in de zin van de Zvw. Samen met het begrip AWBZ verzekeraar wordt het begrip zorgverzekeraar in de Wmg afgedekt door het overkoepelende begrip ziektekostenverzekeraar. Hieronder valt ook het aanbieden van aanvullende verzekeringen (dus meer dan de basisverzekering die wordt afgedekt door de Zvw).

⁵ Deze uitleg wordt geschraagd door de tekst van Artikel 32 Wmg over marktonderzoek die spreekt van "overeenkomsten met betrekking tot zorg, tarieven of ziektekostenverzekeringen".

⁶ De MvT op de Zorgverzekeringswet (Zvw) benadrukt de vrijheid die zorgverzekeraars krijgen. Ze moeten voldoen aan de Zvw, aan titel 7.17 Burgerlijk Wetboek (BW, verzekering) en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) 1993 (inmiddels vervangen door de Wft).

⁷ Zie ook de Regeling inzake transparantie contracteerproces AWBZ (CA/NR-100.078).

en de activiteiten van de ziektekostenverzekeraars op Zvw markten kan optreden op basis van artikel 45 Wmg aan de orde zijn.

3.4 Zorgaanbieders

Ten aanzien van zorgaanbieders kan vooral worden gedacht aan clausules die concurrentiebelemmerend werken respectievelijk uitsluiting ten gevolge kunnen hebben. Voorbeelden die de MvT noemt zijn exclusiviteitsbedingen, en daarmee vergelijkbare bedingen zoals onredelijk lange contractvoorwaarden of onredelijke voorwaarden bij het opzeggen van een contract. Ook getrouwheidskortingen en strategische vormen van koppelverkoop vallen in deze categorie. Dergelijke beperkingen zijn denkbaar in verticale relaties tussen zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars en/of consumenten, maar ook tussen zorgaanbieders onderling (horizontaal of verticaal).

Waar zorgaanbieders onderling concurrentiebeperkende afspraken maken is in de eerste plaats het algemene mededingingstoezicht van de NMa in beeld. Het ligt in de rede dat de NZa zich ten aanzien van overeenkomsten tussen zorgaanbieders concentreert op structurele problemen en op uitsluiting van nieuwe toetreders. Het slechten van toetredingsdrempels is immers een fundamentele voorwaarde voor effectieve concurrentiedruk en daarmee een gezonde werking van de markt.

3.5 Consumenten

Ook de inzichtelijkheid van het aanbod van zorgaanbieders – dus transparantie – zal aan de orde kunnen zijn. Veelal zullen de overige transparantiebepalingen van de Wmg volstaan voor het inzichtelijk maken van de markt (zie hierna onder paragraaf 5.2). Dit laat echter op twee punten nog ruimte voor de toepassing van artikel 45 Wmg ten aanzien van overeenkomsten met consumenten:

- De wijze van totstandkomen van overeenkomsten kan alleen op basis van artikel 45 Wmg worden geregeld. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan (het opleggen aan ziektekostenverzekeraars van de plicht tot) veilingen en/of aanbestedingen van de zorgvraag van consumenten, met een mogelijkheid om afwijkend van de uitkomst van de veiling of aanbesteding keuzes te maken. Een ander belangrijk argument voor veilingen en aanbestedingen is het bevorderen van de concurrentie middels toetreding.
- Daarnaast biedt ook alleen artikel 45 Wmg de mogelijkheid om ten behoeve van de inzichtelijkheid van zorgmarkten in te grijpen in de contractuele voorwaarden.

Vanwege het ingrijpende karakter van artikel 45 Wmg is de NZa voornemens om dit voorlopig ten aanzien van overeenkomsten met consumenten op zorginkoopmarkten alleen toe te passen wanneer duidelijk sprake is van een van deze twee situaties en de overige transparantieregels in de Wmg niet kunnen volstaan. Ook hier staat het algemene consumentenbelang uiteraard voorop.

4. Overwegingen ten aanzien van soorten ingrijpen

4.1 Structurele kenmerken

De inzet van artikel 45 Wmg is, gelet op het ingrijpende karakter ervan, ook nog naar de aard van de belemmeringen genormeerd. Wanneer de NZa algemene, structurele (markt-) belemmeringen constateert, kan zij ingrijpen door alle zorgaanbieders of alle ziektekostenverzekeraars op de desbetreffende deelmarkt op de genoemde onderdelen verplichtingen op te leggen die de concurrentie bevorderen en/of de inzichtelijkheid van die markt bevorderen. Dit houdt dus in dat de NZa bij kortdurende en incidentele belemmeringen artikel 45 Wmg niet zal inzetten.

Structurele problemen behoeven zich niet per definitie landelijk voor te doen. Uit het feit dat de wetsgeschiedenis nadrukkelijk spreekt over 'een deelmarkt',⁸ blijkt dat het ook kan gaan om structurele problemen op regionaal of lokaal niveau. Mocht er echter op verschillende plaatsen (geografische deelmarkten) sprake zijn van vergelijkbare problemen dan is de opportuniteit van optreden op basis van artikel 45 Wmg vanzelfsprekend groter.

4.2 Contractuele voorwaarden

De NZa kan eisen stellen aan de voorwaarden waaronder een zorgproduct of -dienst wordt geleverd. In dit licht wordt ten aanzien van de contractvoorwaarden in de MvT bij de Wmg als voorbeeld genoemd het tegengaan van onredelijke betalingscondities, onredelijk lange contracttermijnen, exclusieve levering of onredelijke voorwaarden bij het opzeggen van een contract. Dit is geen limitatieve opsomming. Het kan dus zo zijn dat de NZa artikel 45 Wmg inzet ten aanzien van voorwaarden die niet specifiek genoemd zijn in de MvT bij de Wmg: de wetgever heeft kennelijk beoogd een grote mate van vrijheid te verschaffen aan de NZa zodat deze in veel verschillende situaties die niet vooraf waren te voorzien regels kan stellen.

4.2.1 Bevorderen van de concurrentie

Behalve exclusiviteit geeft de MvT geen expliciete voorbeelden van contractuele voorwaarden die van belang kunnen zijn ten aanzien van uitsluiting, zoals getrouwheidskortingen, en ook geen voorbeelden van verticale beperkingen zoals non-discriminatiebepalingen, bedingen die vergen dat alle afnemers aanspraak kunnen maken op de beste voorwaarden die een aanbieder aan een van zijn afnemers aanbiedt, of dat alle afnemers aanspraak kunnen maken op de beste voorwaarden die elders in de markt worden aangeboden, en die prikkels tot concurrerend gedrag wegnemen.⁹ Zowel uit de doelstelling van het bevorderen van concurrentie in artikel 45 Wmg zelf als uit het gebruik van exclusiviteit als voorbeeld in de MvT kan echter worden afgeleid dat ook aan deze

⁸ Zie voetnoot 2.

⁹ M. Motta, *Competition policy: Theory and practice* (Cambridge, 2004) pp. 156-157 en 342-343. Dergelijke 'most favoured nation', en 'meeting competition' of 'English clause' clausules versterken de mogelijkheden tot collusie en vermindert de prikkels tot concurrerend gedrag. Paradoxaal genoeg kunnen partijen met marktmacht op deze manier hun prijzen juist hoog houden. Hetzelfde geldt voor non-discriminatiebepalingen.

andere typen contractvoorwaarden met negatieve effecten op de concurrentie kan worden gedacht. Het ingrijpen van de NZa op basis van artikel 45 Wmg is dan ook niet beperkt tot bijvoorbeeld de algemene onredelijke en bezwaarlijke bedingen genoemd in het BW. Bij artikel 45 Wmg moet vooral gedacht worden aan bedingen die de mededinging belemmeren of beperken. Hierbij zal zoveel mogelijk aangesloten dienen te worden bij het algemene mededingingsrecht.¹⁰ Het opleggen van toegang tot bestaande overeenkomsten kan in dit kader worden gezien als het opleggen van non-discriminatie en het verbieden van exclusiviteit.

4.2.2 Inzichtelijkheid van zorgmarkten

Hoewel ook de inzichtelijkheid van zorgmarkten in verband kan worden gebracht met het aanpassen van contractuele bepalingen is de vraag ook hoeveel transparantie wenselijk is. Bijvoorbeeld de bovengenoemde non-discriminatiebepalingen en de varianten daarop kunnen de markt weliswaar transparanter maken maar daardoor juist ook collusie (samenspanning) in de hand werken.¹¹

4.3 Wijze van totstandkomen van overeenkomsten

Hierbij kan onder meer gedacht worden aan vormen van contracteren zoals veilingen. Duidelijk is dat deze zowel de inzichtelijkheid van zorgmarkten vergroten en tegelijkertijd het totstandkomen van concurrentie op deze markten bevorderen. Feitelijk wordt vooral de toetreding hiermee bevorderd. Tegelijk vergroten deze instrumenten ook de keuzemogelijkheden van de consument. Het opleggen van toegang tot bestaande overeenkomsten is daarbij een voorbeeld van (een ver gaande vorm van) ingrijpen de wijze van totstandkomen van overeenkomsten.

Verder kan worden gedacht aan het opleggen van aanbestedingsprocedures ook waar deze Europeesrechtelijk niet verplicht zouden zijn. Overigens is het Europese recht op dit front in ontwikkeling: op grond van transparantie worden steeds scherpere eisen gesteld ook buiten het kader van de formele openbare aanbestedingsregels. Vormen van aanbesteding op nationaal niveau die hiermee in lijn zijn en de toetreding bevorderen zullen in beginsel Europeesrechtelijk niet problematisch zijn. Hier zal zowel sprake zijn van vergroten van de inzichtelijkheid als van het bevorderen van de concurrentie.

4.4 Toegang

De verhouding tussen artikel 45 Wmg en het wegnemen van toetredingsdrempels in overeenkomsten wordt hierbij kort toegelicht. Op grond van artikel 45 Wmg kan de NZa regels stellen die de contractsvrijheid van partijen beperken. De NZa kan regels stellen met betrekking tot de wijze van totstandkomen van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en de voorwaarden in die overeenkomsten. Daaronder valt onder omstandigheden ook het stellen van zodanige voorwaarden aan overeenkomsten en de totstandkoming ervan dat er geen toetredingsdrempels opgeworpen worden. Dit met als effect dat toegang tot bestaande overeenkomsten niet wordt belemmerd

¹⁰ Zie bijvoorbeeld de NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector, 10 december 2007.

¹¹ Zie voetnoot 9.

door concurrentie beperkende bedingen of voorwaarden. De NZa ziet dit als een ver gaande vorm van ingrijpen op basis van artikel 45 Wmg.

De NZa is van oordeel dat het stellen van toegangseisen op grond van artikel 45 Wmg twee elementen kan bevatten:

- Het stellen van regels met betrekking tot de voorwaarden in een (bestaande) overeenkomst. Indien de NZa bij regel (een) voorwaarde(n) oplegt dat toegang tot een bestaande overeenkomst niet mag worden belemmerd, heeft dat tot gevolg dat partijen eventuele bestaande voorwaarden die zien op belemmering van toegang – zoals een exclusiviteitsbeding – moeten wijzigen dan wel afschaffen¹²;
- Het stellen van regels met betrekking tot de wijze van tot stand komen van een overeenkomst met betrekking tot zorg of tarieven. Indien de NZa bij regel bepaald dat een procedure voor het vaststellen van een overeenkomst aan bepaalde non-discriminatoire voorwaarden moet voldoen, komt deze overeenkomst in ieder geval op andere wijze tot stand dan zonder die voorwaarden het geval zou zijn geweest. In deze regeling wordt in feite immers slechts gevergd dat toetreders op dezelfde manier worden behandeld als bestaande partijen tot een overeenkomst. Dit betreft ook de toepassing van een non-discriminatie beding.

Deze verplichting is niet uniek. Ook andere regels ten aanzien van de wijze van tot stand komen van overeenkomsten op grond van artikel 45 Wmg zoals bijvoorbeeld het opleggen van een aanbestedingsplicht of van een veilingplicht kunnen ertoe leiden dat met andere partijen wordt gecontracteerd dan in afwezigheid van een dergelijke NZa-verplichting het geval zou zijn geweest. Ook waar structurele belemmeringen voor toetreding bestaan kan het gerechtvaardigd en noodzakelijk zijn om met het oog op het bevorderen van de mededinging op zorgmarkten een verplichting op basis van artikel 45 Wmg op te leggen.

De NZa meent dat in onderlinge samenhang bezien op grond van deze overwegingen voldoende basis bestaat voor het stellen van regels ten aanzien van de voorwaarden aan en procedure voor toegang. Zeker indien het voor zorgaanbieders met zeggenschap over dergelijke toegang mogelijk blijft om hiertoe redelijke, objectieve en non-discriminatoire voorwaarden te stellen. Een dergelijke uitleg van artikel 45 Wmg past volgens de NZa binnen het doel van de wetgever om marktwerking in de zorg te bevorderen, voor zover het tenminste gaat om:

- het bevorderen van transparantie en/of concurrentie op zorgmarkten;
- het ingrijpen in de voorwaarden van overeenkomsten met betrekking tot zorg en/of tarieven en/of de wijze van totstandkomen daarvan. De voorbeelden die de wetgever in de MvT heeft opgesomd bij artikel 45 Wmg zijn niet uitputtend.

Voorts stelt de NZa gezien het ingrijpende karakter van deze bevoegdheid als aanvullende voorwaarde dat het structurele belemmeringen dient te betreffen.

¹² Het wegnemen van exclusiviteitsbedingen wordt expliciet genoemd in de wetsgeschiedenis bij de Wmg.

5. Verhouding tot andere bevoegdheden NZa

Hieronder volgt een beknopt overzicht van de verhouding tussen artikel 45 Wmg en de andere vergelijkbare bepalingen van de Wmg waarmee samenloop aan de orde zou kunnen zijn.

5.1 AMM

Ten aanzien van mogelijke samenloop kan wat betreft de bevordering van de concurrentie vooral gedacht worden aan de AMM bevoegdheden van de NZa. Het voornaamste verschil ten aanzien van AMM zal daaruit bestaan dat AMM ziet op individuele zaken (gedrag van individuele partij of van een collectief van partijen) terwijl artikel 45 Wmg structurele kenmerken betreft. Verder kent het AMM regime als maatregel die kan worden opgelegd niet het ingrijpen in contractuele voorwaarden of de wijze waarop overeenkomsten totstandkomen als zodanig. Wel zou er bijvoorbeeld overlap kunnen bestaan ten aanzien van non-discriminatie, ontbundeling, het doen van een openbaar aanbod en van aanwijzingen ten aanzien van een dergelijk openbaar aanbod. Het is dan ook denkbaar dat meerdere verplichtingen die het AMM regime kent bij afwezigheid van AMM via een wijziging van de contractuele voorwaarden op basis van artikel 45 Wmg zouden kunnen worden opgelegd.

In het algemeen kan worden gesteld dat bevoegdheden die bestaan ten aanzien van AMM bij voorkeur niet bij wijze van artikel 45 Wmg ingreep uitgeoefend zouden moeten worden tenzij hier goede redenen voor zijn (zoals het veelvuldig voorkomen van de betrokken structurele belemmeringen). Het is in ieder geval niet de bedoeling dat artikel 45 Wmg slechts wordt ingezet om de strengere rechtswaarborgen die gelden ten aanzien van AMM te omzeilen. Wel bestaat een gebied van maatregelen (zoals hiervoor genoemd in ieder geval ten aanzien van non-discriminatie, ontbundeling en een openbaar aanbod) die op basis van beide bevoegdheden zouden kunnen worden opgelegd.

Bij de keuze ten aanzien van dergelijke maatregelen zal doorslaggevend dienen te zijn of sprake is van een AMM positie, of juist van structurele misstanden in een markt. Het zal niet vaak voorkomen dat dezelfde problemen zich simultaan voordoen ten gevolge van een AMM positie – die onafhankelijk handelen veronderstelt – en ten gevolge van structurele kenmerken die alle zorgaanbieders of inkopers in een markt betreffen. Toch bestaan hiervan wel voorbeelden: in het geval van de zorgkantoren is het mogelijk juist wel zo dat zich gelijktijdig AMM en structurele belemmeringen voordoen, en verder zal in bepaalde gevallen mogelijk sprake zijn van gezamenlijke AMM en samenloop met structurele belemmeringen.

5.2 Transparantie

Voor wat betreft de inzichtelijkheid van zorgmarkten zijn de bevoegdheden van de NZa ten aanzien van transparantie relevant. Deze beslaan een relatief groot aantal artikelen van de Wmg. Hieronder vallen ook bepalingen (zoals artikel 38, 39 en artikel 40 Wmg) die in de wet behoorlijk ver zijn uitgewerkt zodat op het eerste gezicht niet altijd

helder is wat de algemene regel is en wat de bijzondere (met voorrang).¹³ In beginsel kan de volgende drieslag verduidelijking bieden:

- Artikel 38, 39 en 40 Wmg hebben betrekking op transparantie ten behoeve van consumenten:
- Artikel 45 Wmg heeft in beginsel betrekking op transparantie tussen professionele marktpartijen, te weten zorgaanbieders en zorgverzekeraars:
- Artikel 61 Wmg heeft betrekking op de bevoegdheid van de NZa om ten behoeve van de uitoefening van haar bevoegdheden alle relevante informatie van en voor eenieder te verzamelen.

Hiermee is al een eerste onderscheid gegeven. Daarnaast gelden op dit punt volgende overwegingen:

- Aan artikel 45 Wmg wordt slechts toegekomen voor zover aan de voorwaarden van dit artikel wordt voldaan. Het zal bijvoorbeeld alleen om zorginkoopmarkten en zorgverleningsmarkten kunnen gaan en niet om zorgverzekeringsmarkten.
- Het type maatregelen dat op grond van artikel 45 Wmg genomen kunnen worden – niet alleen het inzichtelijk maken door transparantievoorschriften, maar ook door de wijze van totstandkomen van overeenkomsten en de voorwaarden daarin direct te beïnvloeden – is verschillend van de overige transparantiebepalingen van de Wmg.
- Bovendien moet sprake zijn van structurele problemen waarbij directe ingrepen in de wijze van contractering respectievelijk de contractuele voorwaarden als evenredig middel aangewezen zijn.
- Tenslotte zal bij het toepassen van transparantievoorschriften op basis van artikel 45 Wmg vaak sprake zijn van samenhang met maatregelen ter bevordering van de concurrentie op grond van dit artikel.

De verwachting is dan ook dat doorgaans met mildere ingrepen op grond van andere transparantievoorschriften kan worden volstaan. Hiermee lijkt de afbakeningsproblematiek tussen artikel 45 Wmg en de verschillende (andere) transparantiebepalingen dus te overzien.

¹³ Zie ook het NZa Visiedocument over transparantie: Helderheid over transparantie, (maart 2009).

6. Bezwaar en beroep

Een regeling die wordt aangenomen op basis van artikel 45 Wmg is een algemeen verbindend voorschrift en geen besluit ten aanzien van een individuele belanghebbende. Op grond van artikel 8:2 juncto 7:1 Awb staat tegen een algemeen verbindend voorschrift geen bezwaar en beroep open. Wanneer de NZa echter bij overtreding van een in de regeling opgenomen verplichting besluit tot handhaving, kan een belanghebbende tegen dat handhavingsbesluit bezwaar maken en nadien eventueel beroep instellen bij de bestuursrechter.

Verder is het denkbaar dat een beroep wordt gedaan op de burgerlijke rechter. Deze zal zich alleen dan bevoegd achten wanneer er geen andere, met voldoende rechtswaarborgen omklede rechtsgang openstaat.

7. Evaluatie

De NZa zal dit document twee jaar na publicatie evalueren.