



De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)
Mevrouw K. Raaijmakers
Postbus 3017
3502 GA Utrecht

Den Haag, 16 september 2020

Aantal bijlagen :
Uw kenmerk :
Ons kenmerk : ACM/UIT/541290
Contactpersoon :
Onderwerp : ACM/20/042095 Zienswijze ACM t.a.v. voorgenomen NZa AMM-besluit sGGZ
Zeeland

Geachte mevrouw [],

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) heeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op basis van het samenwerkingsprotocol tussen de NZa en de ACM¹ uitgenodigd een zienswijze te geven op haar voorgenomen besluit² een aanmerkelijke marktmacht (AMM) verplichting op te leggen aan Stichting Emergis krachtens artikel 48 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). De ACM maakt graag gebruik van de geboden mogelijkheid en betreft daarbij haar mededingingsrechtelijke expertise en ervaring in de zorgsector en haar praktijkervaring met de toepassing van het AMM-instrument in andere sectoren.

De ACM stelt voorop dat zij toejuicht dat de NZa het AMM-instrument inzet voor het nastreven van de publieke belangen van betaalbare, toegankelijke en kwalitatief goede zorg. De ACM is van oordeel dat inzet van dit instrument een nuttige bijdrage kan leveren aan de goede werking van het nationale zorgstelsel, in het belang van de patiënt/verzekerde. Ook kan het in regio's waar sprake is van AMM('s) een rol vervullen in de breed geambieerde transitie naar de juiste zorg op de juiste plek (JZOJP). Aan het slot van deze zienswijze zal de ACM nader ingaan op de mogelijkheden en de uitdagingen die zij ziet voor de toepassing van het AMM-instrument in de zorgsector, mede op basis van haar jarenlange toezichtervaringen met het inzetten van dit instrument in andere gereguleerde sectoren – en in het bijzonder op de essentiële rol van een geschilbeslechtsbevoegdheid in AMM-wetgeving.

In navolgende richt de ACM haar zienswijze achtereenvolgens op de afbakening van de relevante markten; de vaststelling van dominantie van Emergis op de relevante markten; de geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen; en de door de NZa op te leggen verplichtingen om deze mededingingsproblemen te remediëren.

¹ Zie artikel 11 van het Samenwerkingsprotocol tussen de ACM en de NZa.

² Zie mededeling van 23 juli 2020 in Staatscourant 2020, 38698.

Het voorgenomen besluit van de NZa is gebaseerd op een uitvoerig en diepgaand (markt)onderzoek, ambtshalve gestart in december 2018, naar een mogelijke AMM van Emergis op de (zorginkoop)markt voor gespecialiseerde GGZ (sGGZ). De NZa startte het onderzoek naar aanleiding van ontvangen signalen van zorgverzekeraars die vooral zagen op de onderhandelingsstijl van Emergis en de door Emergis afgedwongen contractvoorwaarden. Volledigheidshalve merkt de ACM op dat zij voor het opstellen van deze zienswijze geen eigen onderzoek heeft verricht en zich uitsluitend baseert op de uitkomsten van het door de NZa verrichte onderzoek zoals weergegeven in het voorgenomen besluit van 23 juli 2020.

Relevante markten

Op basis van het door haar uitgevoerde onderzoek heeft de NZa de relevante zorginkoop productmarkten als volgt afgebakend:

- a) Klinische sGGZ, voor volwassenen en ouderen (V&O) (incl. klinische en ambulante acute GGZ en Wlz-GGZ, excl. verslavingszorg);
- b) Ambulante sGGZ, V&O (excl. acute GGZ en verslavingszorg);
- c) Klinische verslavingszorg, V&O; en
- d) Ambulante verslavingszorg, V&O.

De ACM constateert dat deze productmarktafbakening in lijn is met de door de ACM in haar concentratiecontrolepraktijk gehanteerde productmarktafbakening. De ACM onderschrijft in deze specifieke zaak de door de NZa afgebakende productmarkten.

Daarnaast heeft de NZa bepaald dat de relevante geografische markt voor alle vier afgebakende relevante productmarkten de provincie Zeeland is, in lijn met recente sGGZ besluiten van de ACM, waarin de ACM uit gaat van de Geneeskundige Hulpverleningsorganisatie in de Regio (GHOR) als geografische markt voor zowel klinische als ambulante sGGZ en verslavingszorg. De provincie Zeeland is de GHOR-regio waarin Emergis actief is op de afgebakende productmarkten.

De ACM onderschrijft de door de NZa gehanteerde afbakening van de geografische markt. De ACM herkent vanuit haar concentratiecontrolepraktijk dat er kleine aantallen patiënten/cliënten bestaan die bereid zijn verder te reizen dan de overgrote meerderheid of dat voor heel specifieke aandoeningen de markt geografisch groter is (bovenregionaal, nationaal en zelfs internationaal), maar is van oordeel dat de NZa terecht haar marktafbakening niet op deze uitzonderingen baseert.

AMM Emergis

De NZa stelt vast dat Emergis structureel hoge marktaandelen heeft van [70%-80%] tot [90%-100%] op de afgebakende markten. Verder onderzoek van de NZa laat zien dat a) een gebrek aan concurrentie, b) de aanwezigheid van toetredings-, expansie- en overstapdrempels, en c) de afwezigheid van voldoende compenserende afnemersmacht, bijdragen aan de sterke positie van Emergis. De NZa concludeert dan ook dat Emergis AMM heeft op de vier afgebakende markten.

De ACM merkt op dat uit het voorgenomen conceptbesluit blijkt dat de NZa uitvoerig en diepgaand onderzoek heeft verricht naar de marktomstandigheden op de afgebakende markten en de positie van Emergis daarop. Gezien de vaststelling van de NZa dat (i) Emergis op de vier relevante markten over een structureel hoog marktaandeel beschikt in combinatie met de afwezigheid van

reële concurrentiedruk, (ii) op deze markten (vooral de klinische, maar ook de ambulante) hoge toetredings- expansie- en overstapdrempels bestaan die de concurrentie belemmeren, en (iii) op deze markten onvoldoende sprake is van compenserende afnemersmacht, onderschrijft de ACM de conclusie van de NZa dat Emergis op de vier afgebakende markten over AMM beschikt.

(Potentiële) mededingingsproblemen

Om potentiële mededingingsproblemen als gevolg van een AMM vast te kunnen stellen, blijkt uit de jurisprudentie dat aannemelijk dient te worden dat een AMM-partij de mogelijkheid en de prikkel heeft om mededingingsbeperkend gedrag te vertonen. Het is niet vereist te bewijzen dat mededingingsbeperkende gedragingen zich daadwerkelijk voordoen, dan wel dat het in hoge mate aannemelijk is dat deze zich zullen voordoen. Ook hoeft niet bewezen te worden dat de houder van AMM concrete plannen heeft om tot dergelijk gedrag over te gaan. De ACM onderschrijft volledig dit door de NZa gebruikt juridisch kader. Uitgaand van dit kader, analyseert de NZa vervolgens of Emergis de mogelijkheid en prikkel heeft tot mededingingsbeperkend uitbuitend en/of uitsluitend gedrag.

Uitbuiting

De ACM onderschrijft de analyse en conclusie van de NZa dat Emergis de mogelijkheid en de prikkel heeft tot mededingingsbeperkend uitbuitend gedrag, in de vorm van de mogelijkheid en prikkel tot het hanteren van onbillijke contractvoorwaarden en het (kunnen) leveren van ondoelmatige zorg met mogelijk negatieve gevolgen voor (in ieder geval) de publieke belangen van betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg.

Uitsluiting

De NZa stelt tevens vast dat Emergis, theoretisch, door haar sterke positie op de vier relevante markten, de mogelijkheid en de prikkel heeft om uitsluiting van (potentiële) concurrenten te bewerkstelligen. De NZa geeft daarbij aan geen signalen te hebben die hierop wijzen en constateert dat de sterke positie van Emergis ten opzichte van haar concurrenten niet zozeer wordt veroorzaakt of in stand kan worden gehouden door de mogelijkheid en prikkel van uitsluitingsgedrag van Emergis. De NZa concludeert dat er geen redenen zijn om uitsluiting als potentieel mededingingsprobleem vast te stellen.

De ACM kan deze conclusie van de NZa onderschrijven in het licht van de benoemde uitkomsten van het marktonderzoek. Gezien de specifieke aard van de toetredings-, expansie-, en overstapbelemmeringen in de huidige marktomstandigheden draagt het opleggen van een verplichting aan Emergis op grond van artikel 48 Wmg niet bij aan het opheffen van deze drempels. De ACM acht het evenwel raadzaam alert te zijn op wijzigingen in marktomstandigheden, waardoor een situatie kan ontstaan waarin Emergis mogelijkheid en prikkel heeft over te gaan tot gedrag dat uitsluiting van concurrenten kan veroorzaken.

Verplichtingen aan Emergis

Om de vastgestelde potentiële mededingingsproblemen van onbillijke contractvoorwaarden en ondoelmatige zorg te remediëren legt de NZa een transparantieverplichting en een contracteerverplichting aan Emergis op. Deze verplichtingen gelden voor een periode van drie jaar.

Gelet op de analyse en conclusie van de NZa ten aanzien van de mogelijke mededingingsproblemen, die de ACM onderschrijft, kan de ACM zich vinden in de voorgenomen verplichtingen. De ACM benadrukt hierbij de samenhang en afhankelijkheid tussen de transparantieplichting en de contracteerverplichting. Naar het oordeel van de ACM mist de een zonder de ander het voorzienbaar nuttig effect. De transparantieplichting, in de vorm van het door Emergis eenmalig opstellen van een concreet plan van aanpak hoe zij de komende drie jaren gaat werken aan een verbetering van de doelmatigheid van de zorg die zij levert³, zorgt ervoor dat voor de zorginkopers de mogelijkheden voor doelmatige zorg duidelijk zijn. Zij kunnen deze vervolgens gebruiken in hun contractonderhandelingen met Emergis. De contracteerverplichting houdt namelijk in dat Emergis moet voldoen aan redelijke verzoeken van zorginkopers tot het overeenkomen van billijke contractvoorwaarden. De NZa specificeert nader in haar besluit wat moet worden verstaan onder redelijke verzoeken en billijke contractvoorwaarden en geeft enkele voorbeelden. Onder de contracteerverplichting is tevens de verplichting opgenomen voor Emergis om het eerder genoemde plan van aanpak, voor zover deze ziet op het verbeteren van de door Emergis te leveren doelmatige zorg, vast te leggen in de contracten met zorginkopers, bijvoorbeeld als resultaatafspraken. Dit zorgt ervoor dat het op te stellen plan van aanpak (onder de transparantieplichting) geen vrijblijvende exercitie is en kent het relatief lichte middel van een transparantieplichting extra gewicht toe.

Het AMM-instrument in de zorgsector

De ACM constateert dat de NZa bij het opleggen van de verplichtingen in het voorgenomen besluit een passende balans tracht te vinden tussen enerzijds de handhaafbaarheid van de verplichtingen en anderzijds het voorkomen van onnodige of zelfs improductieve beknotting van de vrijheid en creativiteit van marktpartijen om tot oplossingen te komen in het belang van de patiënt/cliënt.

De praktijkervaring van de ACM met de inzet van het AMM-instrument in andere sectoren wijst uit dat hoe doordacht en gedetailleerd verplichtingen ook worden vormgegeven, alsnog regelmatig onenigheid ontstaat tussen degene aan wie de verplichting is opgelegd en andere marktpartijen. Ook in de context van deze zaak is het goed voorstelbaar dat de opgelegde verplichtingen tijdens de uitvoering ervan tot verschillen van inzicht leiden tussen Emergis en de zorg inkopende verzekeraars. In andere gereguleerde sectoren, zoals telecom en energie, is om die reden geschilbeslechting mogelijk gemaakt door de toezichthouder die de verplichtingen oplegt. Ook voor de zorgsector ziet de ACM een vorm van geschilbeslechting als een essentieel sluitstuk van de AMM-wetgeving voor een effectieve toepassing van het AMM-instrument.⁴

Tot slot

De ACM is zich ervan bewust dat er verschillen bestaan tussen de zorgmarkten en markten als telecom en energie. Deze verschillen omvatten niet slechts de structuur van de markt en aard, omvang en diversiteit van marktpartijen, maar kunnen ook betrekking hebben op de opstelling van marktpartijen tegenover elkaar, hun verwachtingen van de toezichthouder en/of de specifieke publieke belangen die deze met inzet van het AMM-instrument nastreeft. Dergelijke verschillen

³ In het voorgenomen besluit preciseert de NZa een aantal zaken waarop Emergis in haar plan van aanpak in ieder geval dient in te gaan.

⁴ Op dit moment kan een geschilbeslechtsbevoegdheid door een nota van wijziging van de minister van VWS worden opgenomen in het huidige, nog niet in de Tweede Kamer behandelde wetsvoorstel waarin is neergelegd het voornemen om het AMM-instrument naar de ACM over te hevelen.

kunnen leiden tot het opleggen van andersoortige verplichtingen en mogelijk ook de constatering dat het passend of zelfs noodzakelijk is bij het toepassen van het AMM-instrument een andersoortige bewijsvoering en/of bewijslat te hanteren, teneinde als toezichthouder effectief te kunnen zijn in het bereiken van de gewenste uitkomsten voor de zorgmarkten en uiteindelijk de patiënt/cliënt en verzekerde.

De omvang en diepgang van het onderzoek van de NZa laten zien dat het toepassen van het AMM-instrument in de huidige context een grote inspanning vergt. In combinatie met het feit dat deze zaak na geruime tijd weer de eerste is waarin de NZa gebruik maakt van haar bevoegdheid om verplichtingen op te leggen aan marktpartijen met AMM, lijkt het de ACM raadzaam en waardevol de toepassing van het AMM-instrument in deze zaak op enig moment te evalueren met het oog op lessen voor toekomstige toepassing ervan.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

Directeur Directie Zorg