

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

<i>Datum</i>	<i>Uw kenmerk</i>	<i>Ons kenmerk</i>	<i>Bijlage(n)</i>
26 mei 2005			

Onderwerp
Zaak XXX/ Afwijzing klacht

Geachte heer/ mevrouw XX,

Bij brief van XX heeft u een klacht ingediend tegen XX. Uw klacht heeft betrekking op de volgende gedragingen [SELECTEER 1 OF MEER VAN DE VOLGENDE GEDRAGINGEN]:

1. De weigering door XX om met u te onderhandelen over het aan u voorgelegde contract.
2. Koppeling van de Hoofdverzekering en de Aanvullende verzekering, dat wil zeggen XX weigert om u een contract voor alleen de Hoofdverzekering aan te bieden, maar eist dat u zowel een contract voor de Hoofdverzekering als de Aanvullende verzekering ondertekent.
3. Het aanbieden door XX van een tarief onder uw kostprijs.
4. Het door XX opleggen van een zelfde tarief voor gecontracteerde behandelingen als voor behandelingen die gegeven worden boven het in de polis vermelde aantal behandelingen.
5. Het door XX niet apart vergoeden van behandeling aan huis.
6. De weigering door XX om inzicht te geven in de wijze waarop de benchmark voor het aantal zittingen wordt berekend.

Naar uw mening maakt XX hiermee misbruik van een economische machtspositie en overtreedt zij dientengevolge artikel 24 van de Mededingingswet (Mw). [INDIEN VAN TOEPASSING:] Daarnaast heeft uw klacht betrekking op het gegeven dat de tarieven voor fysiotherapie die de diverse zorgverzekeraars vergoeden dermate dicht bij elkaar liggen, dat naar uw mening sprake zou kunnen zijn van overtreding van artikel 6 Mw door de betreffende zorgverzekeraars. Ik vat uw klacht op als een verzoek tot handhaving van de Mededingingswet.

Naar aanleiding van uw verzoek tot handhaving bericht ik u het volgende. Met het oog op de vele klachten en signalen die de NMa hebben bereikt ten aanzien van mogelijk misbruik van inkoopmacht, zowel in de zorg als in andere sectoren, heeft de NMa in 2004 een brede inventarisatie gedaan, hetgeen heeft geresulteerd in het Visiedocument Inkoopmacht.¹ Het afhandelen van uw verzoek tot handhaving heeft wellicht enige tijd op zich laten wachten, omdat de algemene beleidslijn zoals beschreven in bovengenoemd visiedocument eerst diende te worden vastgesteld en gepubliceerd. In de navolgende juridische beoordeling zal ik veelvuldig verwijzen naar dit visiedocument.

Juridische beoordeling²

Ondernemingsbegrip

De Mededingingswet is van toepassing op ondernemingen. Het Europese Hof van Justitie heeft in het AOK-arrest³ geoordeeld dat de Duitse Krankenkassen geen ondernemingsactiviteiten uitoefenen bij het uitvoeren van het Duitse equivalent van de Ziekenfondswet. Gezien de overeenkomsten tussen de Duitse Krankenkassen en de Nederlandse ziekenfondsen heeft de d-g NMa advies gevraagd aan de Europese Commissie. Op basis van een analyse van de Duitse en Nederlandse ziekenfondsstelsels en met inachtneming van genoemd advies alsmede de overwegingen van het Europese Hof van Justitie in het AOK-arrest, is de d-g NMa tot de conclusie gekomen dat de Nederlandse ziekenfondsen *geen* ondernemingsactiviteiten uitoefenen bij het uitvoeren van de Ziekenfondswet. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende overwegingen:⁴

- De ziekenfondsverzekering heeft in belangrijke mate een sociale functie, namelijk het verlenen van medische dekking aan verzekerden ongeacht hun vermogens- of gezondheidstoestand.⁵ Ziekenfondsen hebben een acceptatieplicht en zijn derhalve verplicht om hun verzekerden bij wet aangewezen verstrekkingen te verlenen.
- De werking van ziekenfondsen is in belangrijke mate gebaseerd op het solidariteitsbeginsel. Dit berust op het feit dat circa 60% van de Nederlandse bevolking bij de ziekenfondsen is aangesloten. Daarnaast komt dit tot uiting in het systeem van risicoverevening tussen ziekenfondsen.⁶ Daarnaast wordt slechts circa 10% van het

¹ Te vinden op de website van de NMa,

http://www.nmanet.nl/nl/nieuws_en_publicaties/publicaties/visiedocument_inkoopmacht.asp

² In de Richtsnoeren voor de zorgsector (te vinden in het zorgdossier op www.nmanet.nl) wordt meer in het algemeen ingegaan op toepassing van de Mededingingswet in de zorgsector.

³ Arrest van het Hof van Justitie EG in de gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband* (16 maart 2004).

⁴ Zie met betrekking tot de overwegingen van het Hof het AOK-arrest, randnummers 55-56.

⁵ Zie met betrekking tot de overwegingen van het Hof het AOK-arrest, randnummers 35 en 51-52.

⁶ Zie met betrekking tot de overwegingen van het Hof het AOK-arrest, randnummers 36 en 53-54.

totale ziekenfondsbudget opgebracht door inkomensonafhankelijke (nominale) premies. De solidariteit is een belangrijk kenmerk van het Nederlandse ziekenfondsstelsel, aangezien er zowel sprake is van inkomenssolidariteit als risicosolidariteit. Er bestaat hiermee geen direct verband tussen premiebetaling en prestaties.

[VOOR FYSIOTHERAPEUTEN:] Aangezien fysiotherapie voor een groot deel buiten het ziekenfonds valt en zorgverzekeraars in de regel gecombineerd fysiotherapeutische zorg inkopen voor de ziekenfonds- en aanvullende verzekering, is in het onderhavige geval de Mededingingswet van toepassing op de gedragingen van zorgverzekeraars. Alleen voor zorg die uitsluitend of overwegend voor ziekenfondsverzekerden wordt ingekocht, zoals huisartsenzorg, is de Mededingingswet niet van toepassing op het gedrag van de zorgverzekeraars.

[VOOR HUISARTSEN]: Aangezien huisartsenzorg uitsluitend voor ziekenfondsverzekerden wordt ingekocht, is in het onderhavige geval de Mededingingswet niet van toepassing op de gedragingen van de zorgverzekeraars. Aangezien deze situatie in de voornemens van de regering na invoering van de nieuwe Zorgverzekeringswet zal veranderen, hecht ik eraan om in deze brief toch aan te geven wat mijn beoordeling is indien de Mededingingswet wél van toepassing zou zijn.

Economische Machtspositie

In zijn traditionele 'kernwerkgebied' zal een zorgverzekeraar vaak beschikken over een groot marktaandeel (in veel gevallen hoger dan 70%) en daarmee over een sterke positie op de markt(en) voor inkoop van zorg. Op het eerste gezicht is het dan ook aannemelijk dat in een aantal gevallen sprake zal zijn van inkoopmacht. Er kan echter slechts per concrete casus worden vastgesteld of daadwerkelijk sprake is van een economische machtspositie op de relevante inkoopmarkt(en).⁷

Bij het vaststellen van inkoopmacht in een specifiek geval zijn naast marktaandelen en mogelijkheden voor toetreding van nieuwe aanbieders ook factoren van belang die de positie van de zorgverzekeraar kunnen relativeren. In een aantal gevallen kan bijvoorbeeld sprake zijn van een belangrijke afhankelijkheidsrelatie tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder, aangezien de zorgverzekeraar er uit hoofde van zijn wettelijke zorgplicht op wordt aangesproken indien een patiënt geen zorg geleverd krijgt.

Waar sprake is van schaarste, bijvoorbeeld in de huisartsenzorg, kan de wederzijdse afhankelijkheidsrelatie tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar leiden tot een gelijkheid in (economische) macht of (wegens de zorgplicht van de zorgverzekeraar) ook omslaan in een

⁷ In paragraaf 3.3.1 van het Visiedocument Inkoopmacht wordt uitgebreider ingegaan op het vaststellen van inkoopmacht.

situatie waarin de zorgaanbieder een economische machtspositie heeft. Zo is het in gebieden met een tekort aan huisartsenzorg voor een zorgverzekeraar van groot belang om met iedere huisarts in het gebied een contract af te sluiten. In geval van een overaanbod, zoals bijvoorbeeld in de fysiotherapie, zal eerder sprake zijn van inkoopmacht aan de kant van de zorgverzekeraar. Naarmate de schaarste van een bepaalde dienst groter is neemt het tegenwicht van de aanbieder van een dergelijke dienst toe.

Misbruik van economische machtspositie

De weigering door XX om met u te onderhandelen over het aan u voorgelegde contract:

Met betrekking tot het standpunt van veel zorgaanbieders dat de zorgverzekeraars verplicht zijn met individuele zorgaanbieders te onderhandelen, nu collectief onderhandelen door zorgaanbieders niet is toegestaan,⁸ moet worden opgemerkt dat dit berust op een misverstand. Dat zorgaanbieders niet collectief mogen onderhandelen betekent niet dat een zorgverzekeraar er niet voor mag kiezen om een of meerdere *standaardcontracten* voor te leggen aan de aanbieders in een bepaalde sector. De Mededingingswet dwingt niet tot individuele onderhandelingen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars, ook niet als een zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft. Een zorgverzekeraar is in beginsel vrij om te kiezen met wie hij een contract wil aangaan. Dit is niet anders indien de zorgverzekeraar een economische machtspositie heeft. De criteria op grond waarvan een zorgaanbieder een contract krijgt, moeten dan wel objectief en transparant zijn, hetgeen betekent dat de zorgaanbieder van tevoren moet kunnen weten aan welke eisen hij moet voldoen. Verder mag de zorgverzekeraar met inkoopmacht de criteria niet op discriminatoire wijze toepassen.

Uit het voorgaande blijkt dat een zorgverzekeraar met inkoopmacht die weigert om te onderhandelen, niet op voorhand misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van de Mededingingswet.⁹ Wel zou bijvoorbeeld het afdwingen van exclusiviteit, waarbij een zorgaanbieder verplicht wordt alleen aan verzekerden van zorgverzekeraar X zorg te leveren met uitsluiting van anderen, in bepaalde gevallen een vorm van misbruik kunnen zijn.¹⁰ Ook het opleggen van onredelijke handelsvoorwaarden (dit kunnen bijvoorbeeld betalingsvoorwaarden, leveringsvoorwaarden of garantiebepalingen zijn), kan in bepaalde gevallen een vorm van misbruik zijn.¹¹

⁸ Boven de bagatelgrens (908.000 euro voor diensten en 4.450.000 euro voor goederen).

⁹ Zie het Visiedocument Inkoopmacht, randnummer 80 en voorbeeld 9.

¹⁰ Zie het Visiedocument Inkoopmacht, randnummer 82 en voorbeeld en 11. In paragraaf 3.3.2 van het visiedocument wordt uitgebreider ingegaan op misbruik van inkoopmacht.

¹¹ Zie het Visiedocument Inkoopmacht, randnummers 79 en 80.

Op grond van het voorgaande wijs ik dit onderdeel van uw verzoek tot handhaving af. In het navolgende beoordeel ik de door u genoemde specifieke contractvoorwaarden.

Koppeling van de Hoofdverzekering en de Aanvullende verzekering, dat wil zeggen XX weigert om u een contract voor alleen de Hoofdverzekering aan te bieden, maar eist dat u zowel een contract voor de Hoofdverzekering als de Aanvullende verzekering ondertekent:

Er bestaat, in tegenstelling tot de Hoofdverzekering, voor de Aanvullende verzekering geen wettelijke verplichting voor de zorgverzekeraar om zorg in-natura in te kopen. Dit laat evenwel onverlet dat het een zorgverzekeraar vrij staat om te kiezen voor een restitutie-, dan wel in-natura-systeem. Bovendien staat het de zorgverzekeraar vrij om te kiezen bij wie hij zijn zorg inkoop. Er is dan ook geen sprake van misbruik van inkoopmacht indien een zorgverzekeraar ervoor kiest de zorg voor de aanvullende verzekering alleen in te kopen bij de fysiotherapeuten die hij ook contracteert voor de hoofdverzekering.

Aangezien een deel van de fysiotherapie deel uitmaakt van de Hoofdverzekering en een ander deel van de Aanvullende verzekering, bestaat er ook een objectieve rechtvaardiging voor een zorgverzekeraar om voor beide een contract aan te bieden. Zo wordt immers voorkomen dat chronische patiënten tijdens de behandeling van fysiotherapeut zouden moeten veranderen, terwijl de zorgverzekeraar op deze manier tevens in staat is om een integraal beheersmodel voor zowel de Hoofd- als Aanvullende verzekering te hanteren. Ik wijs dan ook dit onderdeel van uw verzoek tot handhaving af.

Het aanbieden van een te laag tarief, dat wil zeggen een tarief onder uw kostprijs:

In de markt voor fysiotherapie bestaat reeds langere tijd een overaanbod. Dit overaanbod is sinds januari 2004 beduidend toegenomen ten gevolge van een vraaguitval van circa 6% die is gerelateerd aan de overheveling van een substantieel deel van de fysiotherapeutische hulp van het ziekenfondspakket naar de aanvullende verzekering.¹² In deze situatie hebben de zorgverzekeraars de tarieven met gemiddeld 10 à 15 % verhoogd, waarmee de vraaguitval gemiddeld gesproken is gecompenseerd. Een dergelijke stijging van de tarieven in een situatie van overaanbod vormt geen aanwijzing voor misbruik van inkoopmacht door zorgverzekeraars.¹³ Ik wijs derhalve dit onderdeel van uw verzoek tot handhaving eveneens af.

¹² Bron: Onderzoek van NIVEL *Daling in de vraag naar fysiotherapie en oefentherapie in het jaar 2004*, 28 januari 2005. De mate van vraaguitval is uiteindelijk meegevallen. Ten tijde van het opstellen van de contracten voor 2005 door zorgverzekeraars waren slechts schattingen bekend van 10-14% vraaguitval, gebaseerd op een peiling onder 555 fysiotherapeuten uitgevoerd door de Socialistische Partij, ten behoeve van het Rapport *Stop uitverkoop fysiotherapie*

¹³ Daarnaast wijst ook het gegeven dat tussen 1997 en 2003 zowel het aantal praktijken (van 4687 naar 4747) als de gemiddelde praktijkgrootte (van 2,4 naar 2,9 fysiotherapeuten per praktijk) zijn toegenomen, niet op een structureel te

Het opleggen van een zelfde tarief voor gecontracteerde behandelingen als voor behandelingen die gegeven worden boven het in de polis vermelde aantal vergoede behandelingen:

Volgens de mij ter beschikking staande informatie is CZ de enige zorgverzekeraar met een dergelijke clausule. Deze clausule luidt: *“Indien behandelingen die reeds gedeeltelijk zijn vergoed door de zorgverzekeraar, na het bereiken of overschrijden van de verzekeringsdekking worden voortgezet, zal de fysiotherapeut jegens de verzekerde dezelfde tarieven hanteren als overeengekomen in deze overeenkomst.”* CZ heeft aangegeven dat de betreffende clausule intussen op verzoek van individuele fysiotherapeuten reeds in ongeveer dertig gevallen uit het contract is verwijderd. Teneinde vast te kunnen stellen of de betreffende clausule in strijd is met de Mededingingswet zal ik nader onderzoek verrichten, waarover ik u later zal berichten.

Het niet apart vergoeden van behandeling aan huis:

Een verzekeraar (in dit geval Achmea) kan ervoor kiezen om een totaaltarief aan te bieden in plaats van een basistarief met extra vergoedingen. Dat houdt in dat hulp aan huis dan niet ‘gratis’ is, maar deel uitmaakt van de totale vergoeding. Omdat de hoogte van de totale vergoeding die Achmea aanbiedt, te weten 24,50 euro, boven het marktgemiddelde ligt,¹⁴ bestaat er geen aanwijzing dat Achmea misbruik maakt van inkoopmacht. Ook dit onderdeel van uw verzoek tot handhaving wijs ik af.

De weigering door VGZ om inzicht te geven in de wijze waarop de benchmark voor het aantal zittingen wordt berekend:

Zoals aangegeven in de algemene juridische beoordeling, dienen de contracteereisen van een zorgverzekeraar objectief en transparant zijn, hetgeen betekent dat de zorgaanbieder van tevoren moet kunnen weten aan welke eisen hij moet voldoen. Verder mag de zorgverzekeraar de eisen niet op discriminatoire wijze toepassen. Desgevraagd heeft VGZ aangegeven dat in de bepaling van het *VGZ-behandelgemiddelde* rekening wordt gehouden met verschillen in leeftijd en geslacht. In de communicatie van de *benchmark voor een individuele praktijk* geeft VGZ echter niet aan hoe deze afhangt van verschillen in leeftijd en geslacht. Teneinde vast te kunnen stellen of er in dit geval sprake is van strijd met de Mededingingswet zal ik nader onderzoek verrichten, waarover ik u later zal berichten

laag tarief. Indien dit immers wel het geval zou zijn, dan zou men verwachten dat het aanbod in deze periode zou zijn afgenomen.

¹⁴ De tarieven lopen uiteen van 23,50 tot 24,50 euro.

Met betrekking tot uw verzoek tot handhaving met betrekking tot mogelijke kartelvorming tussen zorgverzekeraars op het gebied van het vaststellen van de vergoeding voor fysiotherapie, merk ik op dat ik hiervoor geen aanwijzingen heb. Wel zijn er echter enkele alternatieve, plausibele verklaringen voor het tot stand komen van de relatief lage spreiding in de hoogte van het tarief voor fysiotherapie. Zo hadden alle zorgverzekeraars hetzelfde vertrekpunt, namelijk het door het CTG vastgestelde maximumtarief. Daarnaast is de tariefstijging per verzekeraar in absolute termen van dezelfde orde van grootte als de vraaguitval in 2004, waardoor de budgetten voor fysiotherapie per verzekeraar naar verwachting ongeveer gelijk zouden kunnen blijven. Het ligt in de rede dat individuele zorgverzekeraars bij de vaststelling van hun tarieven met bovengenoemde aspecten rekening houden.

Derhalve is er op dit moment onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat de tariefspreiding van 23,50 – 24,50 euro een gevolg is van afstemming tussen zorgverzekeraars. Mocht u andere, concrete aanwijzingen hebben voor kartelvorming of onderlinge afstemming tussen zorgverzekeraars, dan verzoek ik u deze aan mij te doen toekomen.

Voorts wijs ik erop dat de tarieven voor verbijzonderingen¹⁵, die zoals u bekend is eveneens zijn vrijgegeven, significant zijn gestegen, te weten van 32,50 euro naar 33 à 37 euro. Deze tarieven zijn derhalve met 1,5 á 14% gestegen. De forse spreiding in (de stijging van) deze tarieven wijst evenmin op afstemming tussen zorgverzekeraars. Ik wijs derhalve ook dit onderdeel van uw verzoek tot handhaving af.

Tenslotte meld ik u dat een kopie van deze brief wordt gestuurd naar de beklagde, XX. Indien u met betrekking tot de inhoud van deze brief een beroep wilt doen op vertrouwelijke informatie die naar uw oordeel niet aan de beklagde bekend mag worden gemaakt, verzoek ik u mij dat **binnen drie werkdagen na dagtekening dezes** gemotiveerd te laten weten.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,

Mevrouw dr. mr. H.E. Akyurek-Kievits
Directie Concurrentietoezicht
Clustermanager Vrije beroepen en Zorg (VZ)

¹⁵ Manuele therapie, kindersfysiotherapie, oedeemtherapie.

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal NMa, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de directeur-generaal NMa verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.