

Eindrapport commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders

29 mei 2009

Commissiesamenstelling:

Prof. dr. Barbara Baarsma (voorzitter)
Prof. dr. Eric van Damme
Dr. Theon van Dijk
Prof. mr. Tom Ottervanger
Mr. Weijer VerLoren van Themaat

Ondersteunend secretariaat:

Drs. Jarst Weda
m.m.v.
Mr. Mariette Haloua
Drs. Jan Verduijn
Dr. Susan van Velzen

Voorwoord

De commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders heeft haar werkzaamheden uitgevoerd in de periode van 15 april 2009 tot 29 mei 2009. De bevindingen van de commissie zijn tot stand gekomen op basis van literatuuronderzoek, documentenstudie en gesprekken met derden¹. Graag bedanken we de gesprekspartners voor hun bereidwilligheid met de commissie van gedachten te wisselen. Uiteraard zijn de gesprekspartners niet verantwoordelijk voor de inhoud van dit onderzoeksrapport; deze verantwoordelijkheid berust volledig bij de leden van de commissie.

De inhoudelijke secretariële ondersteuning is uitgevoerd door Jarst Weda (SEO Economisch Onderzoek) m.m.v. Mariette Haloua (Allen & Overy). Het ambtelijke secretariaat is uitgevoerd door Jan Verduijn en Susan van Velzen (beiden VWS).

29 mei 2009

Prof. dr. Barbara Baarsma (voorzitter)

Prof. dr. Eric van Damme

Dr. Theon van Dijk

Prof. mr. Tom Ottervanger

Mr. Weijer VerLoren van Themaat

¹ Zie Bijlage E.

Executive Summary

Conclusie in het kort

Een wettelijk verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders is niet noodzakelijk en niet proportioneel voor het borgen van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid in de zorg. De voornaamste argumenten daarbij zijn:

- Er is geen reden om aan te nemen dat het huidige toezichtkader niet toereikend is of niet adequaat wordt toegepast om de effecten van verticale integratie, waaronder de effecten op kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, af te wegen;
- Het staat thans niet vast dat de concurrentie op de zorgverzekeringmarkt en/of de concurrentie op de zorgverleningsmarkt dermate ineffectief is dat alle verticale integratie in zijn algemeenheid per saldo nadelig is voor consumenten (verzekerden en patiënten). Een verbod op verticale integratie in de zorg is dan ook niet doelmatig en snijdt de weg af naar verticale integratie die per saldo positief uit kan pakken voor de consument;
- Het is niet waarschijnlijk of aannemelijk dat verticale integratie de keuzevrijheid van consumenten onacceptabel beperkt. Bovendien zijn er verschillende wettelijke waarborgen die dat kunnen voorkomen;
- Een algemeen integratieverbod is niet effectief omdat het op diverse manieren is te ontwijken en omdat het de werkelijke problemen op de zorgmarkt niet aanpakt;
- Een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders is onhaalbaar wegens strijd met de communautaire verdragsverplichtingen, in het bijzonder de bepalingen ten aanzien van vrij verkeer van kapitaal en van diensten, vrijheid van vestiging en schade verzekeringrichtlijnen.

Inleiding

In Nederland is gekozen voor een zorg- en zorgverzekeringstelsel met gereguleerde concurrentie om een solidair en efficiënt werkend gezondheidssysteem tot stand te brengen. De solidariteit is gewaarborgd met de Zorgverzekeringwet, met de verzekeringsplicht, wettelijk verankerde dekking, acceptatieplicht, risicoverevening en verbod op premiedifferentiatie. Bij de inrichting van het nieuwe stelsel is de mogelijkheid voor verticale integratie gecreëerd. Voor de werking van het stelsel is het essentieel dat er voldoende concurrentie is tussen zorgverzekeraars en tussen zorgaanbieders. De Tweede Kamer heeft de regering door middel van de motie Schippers c.s. (TK 2008-2009, 29 689, 236) verzocht verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders te verbieden (met uitzondering van een tijdelijke situatie die voor verzekeraars nodig is om aan hun zorgplicht te voldoen).

De commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders heeft tot taak te onderzoeken in hoeverre een wettelijk verbod op verschillende vormen van verticale integratie², met

² Het gaat hierbij om het al dan niet na een juridische fusie door de rechtspersoon van de zorgverzekeraar verlenen van zorg, rechtstreekse of middellijke bestuurlijke deelname van een zorgverzekeraar in een zorgaanbieder, en rechtstreekse of middellijke financiële deelname dan wel andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder.

uitzondering van een tijdelijke situatie die noodzakelijk is om aan de zorgplicht te voldoen, noodzakelijk en proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, bereikbaarheid³ en betaalbaarheid in de zorg. In het onderzoek hebben we vooral bekeken of een verbod op de meest vergaande en dus meest risicovolle vorm van verticale integratie (verticale fusies) noodzakelijk en proportioneel zijn om de publieke belangen te dienen. Indien een verbod op verticale fusies niet noodzakelijk en proportioneel is, geldt dat tevens voor de minder vergaande vormen van verticale integratie (bestuurlijke of financiële deelname en overige financiële betrokkenheid) indien het (gedrags)toezichtkader op deze vormen van verticale integratie adequaat is en adequaat wordt toegepast.

Een wettelijk (sectoraal) verbod op verticale integratie is een extreme maatregel die alleen bij wijze van hoge uitzondering onder specifieke omstandigheden gerechtvaardigd is. Een specifieke omstandigheid zou kunnen zijn dat het vooraf duidelijk is dat verticale integratie doorgaans ten koste gaat van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, en dat er geen of onvoldoende voordelen aan verbonden zijn. Een tweede specifieke omstandigheid zou kunnen zijn dat het toetsingskader voor verticale integratie niet consistent is met de doelstelling van borging van de 3 genoemde publieke belangen. Indien het huidige toezichtkader, in het bijzonder het (casuïstische) toezicht door de NMa en NZa, aantoonbaar tekortschiet bij het waarborgen van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, kan dit de legitimiteit van een wettelijk verbod op verticale integratie in de zorg staven (alsook een verbod op horizontale fusies). Een andere specifieke omstandigheid zou kunnen zijn dat het toezichtkader op zich juist is maar dat de toezichthouder tekortschiet en geen oog heeft voor de nadelen van verticale integratie. Indien een verbod noodzakelijk en proportioneel zou zijn, komt de vraag aan de orde of een dergelijk verbod effectief kan zijn, of het praktisch vormgegeven kan worden en of het juridisch mogelijk is. We lopen achtereenvolgens deze vragen langs.

Is vooraf duidelijk dat verticale integratie doorgaans ten koste gaat van de publieke belangen, en dat er geen of onvoldoende voordelen aan verbonden zijn?

We gaan ervan uit dat de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg door verticale integratie kunnen benadeeld worden indien de verticale integratie leidt tot een significante beperking van de mededinging. Een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders zou gerechtvaardigd kunnen zijn indien als gevolg van verticale integratie de concurrentie tussen zorgverzekeraars onderling en tussen zorgaanbieders onderling significant vermindert. We menen derhalve dat ingeval verticale integratie de concurrentie beperkt, deze ook in de weg staat van de waarborging van de publieke doelen.

Verticale integratie kan alleen problematisch zijn als er (te) weinig concurrentie bestaat (of kan ontstaan) op horizontaal niveau, dus tussen verzekeraars onderling of tussen zorgaanbieders onderling. De resterende horizontale concurrentie (tussen zorgverzekeraars onderling en/of tussen zorgaanbieders onderling) zou dan door verticale integratie tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder kunnen worden uitgeschakeld doordat geïntegreerde bedrijven andere zorgverzekeraars en/of zorgaanbieders buitensluiten. Een geïntegreerde verzekeraar met marktmacht zou kunnen verhinde-

³ Bereikbaarheid wordt ook wel aangeduid als toegankelijkheid.

ren dat andere verzekeraars zorg inkopen bij het geïntegreerde ziekenhuis, of een geïntegreerd ziekenhuis zou alleen klanten van de eigen verzekeraar accepteren. Een belangrijke motor achter marktwerking, namelijk (potentiële) toetreding van zorgverzekeraars of zorgaanbieders, valt daarmee stil. Indien door verticaal te integreren de keuzevrijheid van verzekerden en patiënten wordt beperkt, kan ook de tweede motor achter de marktwerking stilvallen.

Bij voldoende concurrentie kan verticale integratie echter de nodige baten opleveren. Door stroomlijning van belangen van zorgverzekeraars en zorgaanbieders kan een betere zorgverlening tot stand komen. Ook vermindert verticale integratie het informatieprobleem tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder en kunnen de transactiekosten afnemen.

Ook al zouden er op sommige geografische en productmarkten op horizontaal niveau concurrentieproblemen zijn, dan wil dat niet zeggen dat dit doorgaans het geval is en dus dat verticale integratie in het algemeen de mededinging beperkt. Het is in beginsel niet zo dat verticale integratie de machtspositie op horizontaal niveau versterkt. In het eventuele geval dat dit wel zo is, kunnen de nadelen worden afgewogen tegen de voordelen.

In dit rapport gaan we niet in op de wenselijkheid van een horizontaal fusie- of integratieverbod. Wel constateren wij dat een verbod op verticale integratie zonder een verbod op horizontale fusies is als het paard achter de wagen spannen. Als er oorzaken voor gebrekkige marktwerking zouden liggen op horizontaal niveau, dan ligt het meer voor de hand om op dat niveau in te grijpen in plaats van verticale integratie af te remmen/te verbieden. Sterker nog: indien de vrees voor de vorming van machtsposities de reden zou zijn voor een wettelijk verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, dan kan die maatregel zich beter richten op horizontale fusies (of breder: horizontale integratie).

Uit de in de voorliggende rapportage beschreven confrontatie van de nadelen van verticale integratie met de voordelen, volgt niet dat in het algemeen de nadelen van verticale integratie groter zijn dan de voordelen. Verticale integratie kan de publieke belangen overigens ook dienen en een verbod zou de publieke belangen dan kunnen schaden. Daarom is het beter om in plaats van een verbod te kiezen voor de specifieke afweging van geval tot geval met de bestaande instrumenten.

Voor wat betreft *sturing* door de zorgverzekeraar die door de verzekerde als ongewenst zou kunnen worden ervaren, staat hier tegenover dat het zorgstelsel de verzekerde diverse waarborgen biedt, te weten:

- De verzekerde heeft recht op een door de verzekeraar te bepalen vergoeding van de kosten van niet-gecontracteerde zorg (conform artikel 13 van de Zorgverzekeringswet).
- De verzekerde heeft een wettelijk gewaarborgd recht om jaarlijks zijn verzekering op te zeggen (art. 7 Zvw).

- De verzekerde kan zich momenteel ook per direct bij een andere verzekeraar verzekeren (art.3 jo. 5 Zvw); in dat geval is sprake van een dubbele verzekering waarmee de verzekerde (met zijn nieuwe restitutiepolis) naar de zorgaanbieder van zijn keuze kan gaan.⁴

Voor zover deze waarborgen onvoldoende zouden zijn om de publieke belangen te borgen, ligt het eerder voor de hand deze waarborgen aan te scherpen dan om verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders te verbieden. Overigens vinden in het huidige systeem reeds allerlei vormen van sturing plaats.

Is het huidige toezichtkader en toezicht toereikend?

Het huidige toezichtkader bevat een aantal instrumenten om mededingingsbeperkende verticale fusies te voorkomen (de ex ante concentratietoets) en om mededingingsbeperkende gevolgen van een verticale integratie aan te pakken (de ex ante toets op aanmerkelijke marktmacht van de zorgtoezichthouder NZa, alsmede de ex post toets op kartelafspraken en misbruik van een economische machtspositie door de algemene toezichthouder NMa). Er zijn voor ons noch aanwijzingen dat het huidige ex ante en ex post instrumentarium van de toezichthouders tekortschiet in het voorkomen of corrigeren van negatieve effecten van verticale integratie, noch dat de toezichthouders het instrumentarium inadequaat zouden inzetten bij het voorkomen of corrigeren van negatieve effecten van verticale integratie.

Het zou kunnen zijn dat bovengenoemd toetsingskader van NMa en NZa voor verticale fusies, of andere vormen van verticale integratie toch ontoereikend is voor de borging van de publieke belangen. Dat zou het geval kunnen zijn als de toetsingskaders van NMa en NZa bij overlappende bevoegdheden onderling inconsistent zijn. Bijvoorbeeld: als de sectorspecifieke doelstellingen (eventueel tijdelijk) belangrijker worden geacht, dan zou een algemeen fusieverbod kunnen voorkomen dat deze doelstellingen worden gefrustreerd door alleen het concentratietoetsingskader toe te passen. Een algemeen verbod op verticale integratie zou een oplossing voor deze ontoereikendheid kunnen zijn.

Er is vooralsnog geen reden om aan te nemen dat het toetsingskader van de NMa, en de wijze waarop de NMa dat in de praktijk toepast (naast de effecten van fusies op prijzen worden ook de effecten op kwaliteit en andere concurrentiedimensies meegenomen), niet consistent is met de doelstellingen van de NZa. Van nature zal een sectorspecifieke toezichthouder als de NZa, die de concurrentie proactief bevordert, een fusie waarschijnlijk eerder als problematisch zien dan de NMa. Maar ook bij een strikter toetsingskader, of een striktere toepassing van het bestaande kader, zal verticale integratie niet problematisch zijn. Ook dan is een wettelijk verbod onwenselijk. Bovendien zijn er naast de NMa en de NZa ook andere toezichthouders die mede waken over de publieke belangen, zoals DNB en de IGZ.

Is een verbod op verticale integratie een effectief middel om de publieke belangen te borgen?

Een verbod op verticale integratie is effectief als het de mogelijke nadelen van verticale integratie voor de publieke belangen in de zorg (kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid) kan voorkomen.

⁴ Minister Klink heeft aangegeven te bezien of de acceptatieplicht voor een zorgverzekering kan worden beperkt tot één per verzekeringsplichtige. Daarom blijft deze mogelijkheid in het rapport buiten beschouwing.

De effectiviteit van een instrument is groter naarmate het de oorzaken van het onderliggende probleem aanpakt. De vraag is of een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders de onderliggende problemen aanpakt. Deze onderliggende problemen op de zorgmarkt liggen op het gebied van transparantie en in sommige gevallen mogelijk ook op het gebied van gebrekkige horizontale concurrentie.

Er zijn tal van verticale *beperkingen* (mededingingsbeperkende verticale afspraken) die in de praktijk hetzelfde kunnen bewerkstelligen als de vormen van verticale integratie die de commissie gevraagd is te onderzoeken. Hierdoor zal een wettelijk verbod eenvoudig te ontwijken zijn (in het bijzonder door middel van contracten). Verticale beperkingen zouden dan niet verboden zijn, maar uiteraard wel onderhevig aan het gedragstoezicht blijven.

Omdat een verbod op verticale integratie de onderliggende problemen niet aanpakt en verticale beperkingen met dezelfde effecten niet afdekt, concluderen we dat een verbod niet effectief is. In dat opzicht is een verbod te zien als een noodverband dat het bloeden niet stelpt.

Is een wettelijk verbod praktisch vorm te geven?

Het is moeilijk om een verbod waterdicht te maken. Indien marktpartijen in de zorgkolom willen samenwerken om hun gezamenlijke marktmacht te gebruiken, zal een verbod op verticale integratie hen daar niet van weerhouden. Het is gecompliceerd om te definiëren wat wel en wat niet onder het begrip ‘verticale integratie’ valt. Wat wel en niet onder een juridische fusie valt is waarschijnlijk nog wel te definiëren, maar dat wordt veel ingewikkelder als het gaat om een rechtstreekse of middellijke bestuurlijke of financiële deelname of van een ‘andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder’. Een scherpe omschrijving is uiteraard essentieel om iets te kunnen verbieden.

Een tweede complicatie bij de vormgeving van een wettelijk verbod op verticale integratie betreft het feit dat een dergelijk verbod een uitzondering moet bevatten voor tijdelijke situaties die noodzakelijk zijn om aan de zorgplicht te voldoen. Het is moeilijk om vooraf te bepalen in welke gevallen verticale integratie nodig is om aan de zorgplicht te voldoen en wanneer niet. Bovendien is onduidelijk hoe lang tijdelijk duurt en wat er na die tijd gebeurt.

Is een wettelijk verbod juridisch haalbaar?

Een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders is ten slotte onhaalbaar wegens strijd met de communautaire verdragsverplichtingen, in het bijzonder de bepalingen ten aanzien van vrij verkeer van kapitaal en van diensten, vrijheid van vestiging en schade verzekeringsrichtlijnen. De beperkingen die een verbod met zich meebrengt moeten worden gerechtvaardigd met een beroep op het ‘algemeen belang’, dat gelegen zou zijn in de bescherming van de volksgezondheid. Dit beroep stuit af op de proportionaliteitstoets omdat niet is aangetoond dat minder ingrijpende alternatieven ontbreken.

Conclusie

In deze rapportage concluderen wij dat een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders niet noodzakelijk en proportioneel is om de publieke belangen kwaliteit, bereik-

baarheid en betaalbaarheid in de zorg te borgen. Deze conclusie geldt voor de verschillende beschouwde vormen van verticale integratie; van verticale fusie tot financiële betrokkenheid tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Een verbod is niet noodzakelijk waar het verticale fusies betreft omdat die fusies aan concentratietoezicht zijn onderworpen en bovendien het gedrag van de gefuseerde entiteit ook aan gedragstoezicht is onderworpen. Een verbod is evenmin noodzakelijk voor minder vergaande vormen van integratie, omdat die vormen voor zo ver niet aan concentratietoezicht in elk geval aan gedragstoezicht zijn onderworpen. Er zijn voor ons geen aanwijzingen dat het huidige gedrags- en concentratietoezichtkader niet adequaat is of niet adequaat wordt toegepast.

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Executive Summary	5
Inhoudsopgave.....	11
1 Inleiding	13
1.1 Introductie tot de Nederlandse zorgmarkt	13
1.2 De zorgverzekeringsmarkt in cijfers	14
1.3 Taakomschrijving commissie verticale integratie	18
1.4 Effectiviteit van een wettelijk verbod	20
1.5 Leeswijzer	22
2 Verticale integratie in de zorgsector	25
2.1 Soorten integratie	25
2.2 Zorgintegratie in Nederland	28
2.3 Nadelen van verticale integratie	28
2.4 Voordelen van verticale integratie	36
2.5 Conclusie	40
3 Toezicht op verticale integratie in de zorgsector	43
3.1 Algemeen toezicht.....	43
3.2 Zorgsectorspecifiek toezicht en zorgspecifieke regelgeving	46
3.3 Beoordeling van het toezichtkader	50
4 Synthese	53
4.1 Uitgangspositie: Nederlands rechtsstelsel en economische ordening	53
4.2 Uitzonderingspositie zorgsector?.....	53
4.3 Toereikendheid huidig toezichtkader.....	54
4.4 Welvaartseffecten en publieke belangen	55
4.5 Keuzevrijheid	56
4.6 Effectiviteit van een verbod	56
4.7 Doelmatigheid van een verbod	58
4.8 Conclusie	58
5 Juridische haalbaarheid integratieverbod.....	61
5.1 Inleiding	61
5.2 De verdragsbepalingen betreffende de interne markt	61
5.3 De Europese verzekeringsrichtlijnen.....	64
5.4 Maatregel van algemeen belang/proportionaliteit	65
5.5 De Concentratieverordening nr. 139/2004/EG	66
5.6 Conclusie	67
Referenties	69
A. Instellingsbesluit.....	73

B.	Soorten verticale beperkingen	77
C.	Inventarisatie verticale integratie in de zorg.....	79
D.	Toezichtkader	83
E.	Gesprekspartners	85

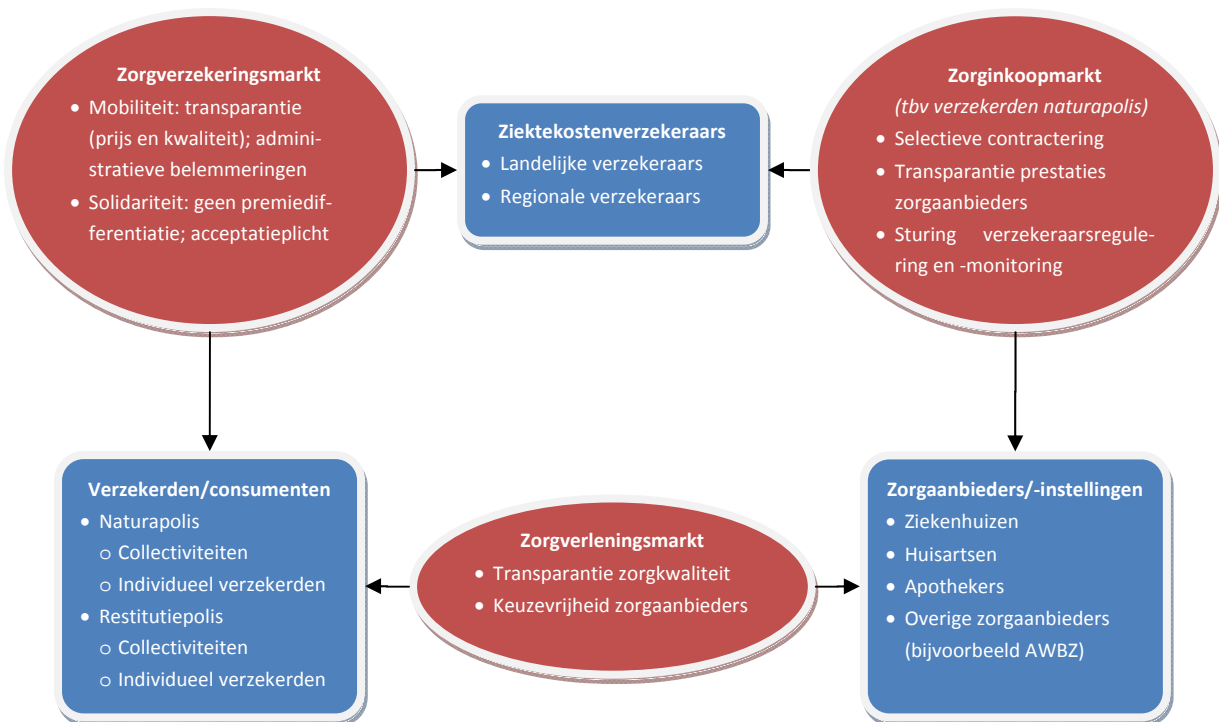
1 Inleiding

1.1 Introductie tot de Nederlandse zorgmarkt

1.1.1 Stelselherziening

De Nederlandse gezondheidszorg is in een overgangsfase van publiek naar marktgeoriënteerd. In 2006 werd een nieuw zorgverzekeringsstelsel ingevoerd waarbij de ziekenfondsverzekering, particuliere verzekering, publiekrechtelijke verzekering en standaardpakketpolis opgingen in de Zorgverzekeringswet (Zvw). De Zvw gaat uit van een terugtrekkende overheid, eigen verantwoordelijkheid van (markt)partijen en 'toezicht op afstand', dat met de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) overging van het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) naar de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).⁵ Financiering van het stelsel komt uit nominale premies van verzekerden ($\pm 45\%$), een procentuele inkomensafhankelijke werkgeverspremie ($\pm 50\%$) en een rijksbijdrage ($\pm 5\%$).⁶ Via een vereveningsfonds worden verzekeraars gecompenseerd voor 'slechte risico's' onder hun verzekerden (zoals chronisch zieken): verzekeraars met een beter dan gemiddeld risicoprofiel krijgen minder middelen uit het Zorgverzekeringsfonds dan verzekeraars met een slechter dan gemiddeld risicoprofiel.

Figuur 1.1 Marktwerking in het Nederlandse zorgstelsel



Bron: (DNB, Kwartaalbericht December 2005, 2005, p. 71); Bewerking SEO Economisch Onderzoek

⁵ De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) blijft (vooralsnog) overeind als verzekering voor de langdurige zorg en verpleging.

⁶ Indien er geen werkgever is, betaalt de uitkeringsinstantie of de verzekerde zelf de (aangepaste) inkomensafhankelijke premie.

Basisgedachte achter het nieuwe stelsel is om via meer marktwerking de doelmatigheid van het zorgstelsel te bevorderen: een concurrerende zorgverzekeringsmarkt moet ziektekostenverzekeraars dwingen tot scherp onderhandelen op de inkoopmarkt. Indien de verzekeraars (een deel van) de gerealiseerde efficiëntiewinsten doorgeven aan de verzekerden, neemt de doelmatigheid van het zorgstelsel toe. Figuur 1.1 schetst de drie markten en de drie (groepen van) actoren. Zorgverzekeraars dingen om de gunst van verzekerden, die jaarlijks van verzekeraar kunnen wisselen. Tegelijkertijd onderhandelen zij met zorgaanbieders over de inkoop van zorg ten behoeve van de verzekerden met een polis met gecontracteerde zorg. Verzekerden met een polis met niet-gecontracteerde zorg hebben daarentegen de vrijheid zelf op de verstrekkingenmarkt hun zorgverlener uit te kiezen.

De regierol is bij de verzekeraar neergelegd: sturing door middel van een vergoedingenbeleid zou moeten bijdragen aan efficiënte inkoop van zorg en dientengevolge de betaalbaarheid van het zorgstelsel.⁷ Competitie tussen zorgverzekeraars stimuleert vervolgens productdifferentiatie en marktsegmentatie, met name voor wat betreft de vergoeding die een polis biedt (een dure polis die alle zorgaanbieders vergoedt versus goedkopere polissen die een beperkter aantal zorgaanbieders vergoeden). In bredere zin is concurrentie een middel om te komen tot een goede premie/ zorgkostenverhouding, maar ook tot een goede prijs/kwaliteitsverhouding, kwaliteitsverbetering en klantvriendelijker gedrag.

1.1.2 Toezicht op afstand

Onderdeel van het nieuwe zorgstelsel is de introductie van een zorgspecifieke toezichthouder, aanvullend op het toezicht door functionele toezichthouders zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Nederlandsche Bank (DNB). De marktmeester NZa heeft als taak de verschillende deelmarkten te stimuleren en op te treden als er publieke belangen – in casu kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid – aantoonbaar in gevaar komen. Dit toezicht vindt plaats op de zorgverzekeringsmarkt (controle op de naleving van de uit de Zvw voortvloeiende verplichtingen, zoals de acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie), maar ook op de zorginkoopmarkt (nagaan of de zorgverzekeraar zich voldoende inzet om zijn zorgplicht na te komen) en de zorgverleningsmarkt (bijvoorbeeld nagaan of de zorgverzekeraar voldoende inzicht heeft in de kwaliteit van ingekochte naturazorg). De NZa houdt markt- en rechtmatigheidstoezicht, waarbij de markt bepaalt of een zorgverzekeraar al dan niet *doelmatig* werkt (Beerepoot, 2006, pp. 45-46). Het volledige toezichtkader wordt toegelicht in hoofdstuk 3.

1.2 De zorgverzekeringsmarkt in cijfers⁸

Er zijn in Nederland 32 individuele zorgverzekeraars, die zijn ondergebracht in 12 concerns. In recente jaren heeft geen toetreding plaatsgehad. Wel zijn er verschillende horizontale fusies geweest, bijvoorbeeld tussen Delta Lloyd en CZ/OZ, tussen Univé en VGZ/IZA/Trias, tussen Achmea en Agis en tussen Menzis en Azivo.

⁷ Zie bijvoorbeeld: Memorie van Toelichting bij de Zorgverzekeringswet (TK, 2003-2004, 29763, nr 3).

⁸ Cijfers uit deze paragraaf zijn grotendeels afkomstig uit (NZa, Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2008: Ontwikkelingen beoordeeld door de NZa, 2008) en de bijbehorende dataset.

Achmea is met een marktaandeel van 29% het grootste zorgverzekeringsconcern van Nederland. Uvit, CZ-DLO (CZ, Delta Lloyd en Ohra) en Menzis completeren de top-4.⁹ Het gezamenlijke marktaandeel van deze vier holdings (de *C4-ratio*) bedraagt op nationaal niveau 88% (meetjaar 2008). De regionale concentratie op zorgverzekeringsmarkt is, gemeten door middel van de Herfindahl-Hirschman Index (HHI)¹⁰, het hoogst in de provincies Friesland, Zeeland en Groningen (respectievelijke HHI's van 4.603, 4.087 en 3.916). Er zijn regionaal en landelijk opererende zorgverzekeraars actief. In alle provincies is sprake van een HHI groter dan 1.800, hetgeen volgens de Europese Commissie duidt op een sterke marktconcentratie.¹¹ Op nationaal niveau bedraagt de HHI 2.122 (meetjaar 2008).¹² Het is overigens niet uitgemaakt of de relevante geografische markt voor zorgverzekeraars regionaal of nationaal is; dat kan per verticale integratie verschillen.

Verzekerden hebben twee keuzemomenten: de poliskeuze en de keuze van zorgaanbod. Bij een polis met (deels of volledig) gecontracteerde zorg, is de keuze trapsgewijs: de keuze voor de polis beperkt de keuzevrijheid tot de door de verzekeraar gecontracteerde zorgaanbieders (zij het dat verzekerden conform art. 13 Zvw alsnog recht hebben op (doorgaans gedeeltelijke) vergoeding van niet-gecontracteerde zorg). Er zijn 60 verschillende zorgverzekeringsproducten op de markt (zie Figuur 1.2). Bij circa de helft hiervan is er sprake van getrapte keuzevrijheid.

Een tweede onderscheid – naast de mate waarin de zorg is gecontracteerd – is het onderscheid tussen natura- en restitutiepolicen.¹³ Een verzekering in natura betekent dat de levering van zorg dan de verzekeringsprestatie is. Bij een restitutiepolis is de verzekeringsprestatie de vergoeding van de gemaakte kosten. Ongeveer 10% van de verzekerden heeft een combinatiepolis (natura en restitutie), circa 20% een restitutiepolis en 70% een naturapolis. In de afgelopen drie jaar heerst de trend naar meer verzekerden met een combinatiepolis en minder verzekerden met een naturapolis.

Figuur 1.2 maakt duidelijk dat het polistype en het al dan niet sprake zijn van (deels) gecontracteerde zorg separate fenomenen zijn: bij 10 van de 32 restitutiepolicen is sprake van (deels) gecontracteerde zorg. Verzekerden betalen een vergoeding indien ze zorg afnemen die niet door hun verzekeraar gecontracteerd is. Vooralsnog contracteren zorgverzekeraars zelden selectief. Wel hebben enkele (grotere) verzekeraars hun vergoedingen voor het gebruik van niet-gecontracteerde zorg verlaagd van 100% of 90% naar 80% van het gereguleerde tarief. De NZa concludeert dat het aantal

⁹ Met respectievelijke marktaandelen van 26, 20 en 13% (meetjaar 2008).

¹⁰ De HHI wordt berekend als de som van de gekwadrateerde marktaandelen van alle aanbieders in de markt en varieert derhalve van 0 tot 10.000 (het kwadraat van het marktaandeel van een monopolist). De HHI is niet alleen afhankelijk is van de concentratie, maar ook over de *verdeling* van marktaandelen tussen aanbieders en wordt veelal als betere maatstaf voor de marktstructuur gezien dan marktaandelen en C-ratio's aangezien de mate waarin aanbieders in staat zijn marktmacht uit te oefenen niet alleen bepaald wordt door het eigen marktaandeel, maar ook door de marktaandelen van de andere aanbieders. Een hogere HHI duidt op meer concentratie en een marktstructuur die meer aanleiding geeft tot misbruik van dominantie.

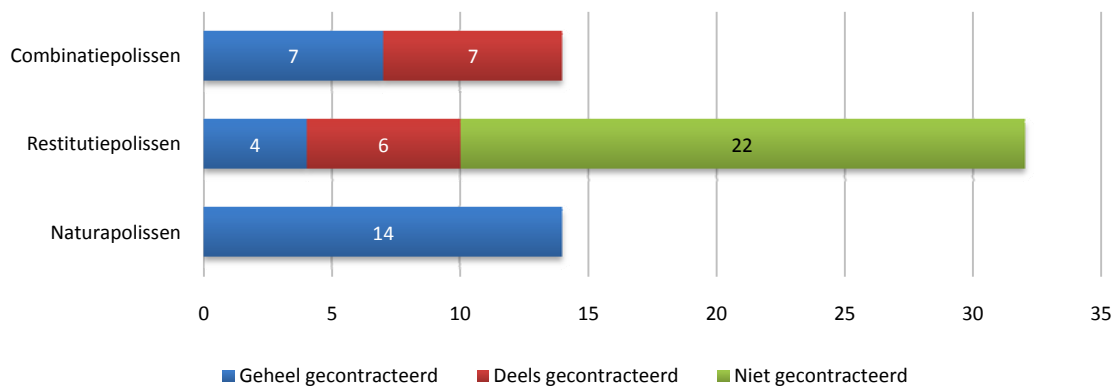
¹¹ Voor een eerste beoordeling van de marktstructuur houdt de Europese Commissie onder meer rekening met het aantal concurrenten en hun positie. De HHI kan daarbij als een eerste indicator worden gehanteerd: met een HHI beneden de 1.000 kan de marktconcentratie gering worden genoemd, tussen 1.000 en 2.000 middelmatig en boven de 2.000 sterk (zie o.a. Europese Commissie, Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies, 2004, rnr. 20).

¹² Berekeningen op basis van (NZa, Zorgverzekeringsmarkt in cijfers; Dataset behorend bij 'Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2008', 2008).

¹³ Voor het onderwerp keuzevrijheid is de mate van contractering het relevante begrippenkader. Gaat het om de zorgplicht, dan is natura/restitutie het relevante begrippenkader.

verzekerden dat niet meer 100% van de kosten vergoed krijgt, sterk is toegenomen ten opzichte van 2007, namelijk met 20%. In totaal moet in 2008 bijna de helft van het aantal verzekerden dat gebruikmaakt van niet-gecontracteerde zorg bijbetalen (zie paragraaf 3.2.3).

Figuur 1.2 Polissoorten naar geheel, deels, niet gecontracteerd (2008)



Bron: (NZa, 2008); Bewerking SEO Economisch Onderzoek

Een steeds groter wordende meerderheid van de verzekerden (circa 60%) is collectief verzekerd, hetgeen duidt op ten minste een gedeelde keuze met de keuze van werkgever of belangenvereniging. De mogelijkheid om deel te nemen aan een collectief speelt een belangrijke rol bij de keuze van zorgverzekeraar: uit een enquête van de NZa blijkt dat de helft van de respondenten (onlangs of ooit) is overgestapt vanwege de mogelijkheid om deel te nemen aan een collectief.

Overstapgedrag en -intentie lagen in 2008 weer op het niveau van 2005, het jaar vóór de invoering van het nieuwe zorgstelsel.¹⁴ De instroom bedroeg in 2008 3,6%¹⁵ en 10% van de verzekerden *overwoog* om over te stappen. Cijfers van Vektis geven aan dat de mobiliteit de laatste twee jaar stabiel is: in zowel 2008 als 2009 stapte 3,5% over, in 2007 was dit nog 4,5% (Vektis, 2009). Het zijn vooral jonge mensen, in de leeftijdscategorie van 18 tot 44 jaar, die overstappen.¹⁶ Circa 70% van de overstappers doet dat volgens Vektis vanwege de overgang naar een collectieve verzekering. Tegelijkertijd lijkt de markt voor collectieve verzekeringen verzadigd te raken: in 2007 bedroeg deze 57% van het totaal, in 2008 59% en in 2009 60,4%. Het aflopen van de collectiviteiten met een looptijd van 3 jaar (2006-2009) heeft niet gezorgd voor extra mobiliteit.

Transparantie, of een tekort daaraan, is een zeer belangrijk onderdeel van de drie zorgmarkten. Los van het gegeven dat een zorgverzekering inherent een ingewikkeld product is, spelen er transparantieproblemen wat betreft kwaliteit, kosten en voorwaarden van het verzekeringsproduct en van de zorg zelf (de zorgaanbieder en zorginstelling). De NZa vroeg in 2008 een kleine 300 verzekerden naar de beschikbaarheid van informatie over zorgverzekeringen. De beschikbaarheid bleek in 2008 overwegend te zijn afgenomen ten opzichte van 2007. Bovendien scoren enkele essentiële onderwerpen

¹⁴ In 2006 wisselde een recordaantal mensen, een krappe 20%, van zorgverzekeraar.

¹⁵ Welk deel daarvan nieuwe verzekerden betreft of verzekerden die van baan verwisselen en daardoor in een andere collectieve regeling komen (en dus gewoonweg meegaan met de keuze van de werkgever), is niet duidelijk.

¹⁶ Volgens cijfers van Vektis: 4,9%.

slecht qua informatiebeschikbaarheid. Minder dan de helft van de ondervraagden kan informatie vinden over garanties over snelle en goede zorg, voorafgaande toestemming van de verzekeraar en de mate van bijbetalen. Circa 40% kan geen informatie vinden over de mate van keuzevrijheid van de zorgverlener. Om de transparantie van verzekeringen te verhogen heeft de NZa vergelijkingssites onderzocht, beoordeelt ze de websites en informatiepakketten van verzekeraars en stelt ze in het 'Richtsnoer Informatieverstrekking' eisen aan transparantie over het gecontracteerde zorgaanbod.¹⁷

Er zijn eveneens initiatieven om de kwaliteit van het *zorgaanbod* beter inzichtelijk te maken. In het kader van het overheidsprogramma 'Zichtbare Zorg' werken verzekeraars, zorgaanbieders, PGO-organisaties en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) samen om tot openbaar gepubliceerde informatie over kwaliteit van de geleverde zorg te komen.¹⁸ Het programma strekt zich uit over vrijwel alle sectoren van de zorg in Nederland. Specifiek voor de ziekenhuiszorg bijvoorbeeld wordt gestreefd om in deze kabinetsperiode voor 80 van de belangrijkste aandoeningen, een equivalent van 80% van alle electieve zorg, aandoeningsspecifieke (DBC-gerelateerde) kwaliteitsinformatie te ontwikkelen en publiceren. Hierbij ligt de nadruk op het B-segment van de ziekenhuiszorg (het niet-prijsgereguleerde deel). Verder noemenswaardig in dit verband zijn de zogenaamde basissets van de IGZ voor ziekenhuizen en particuliere klinieken. Zorgverzekeraars Nederland (ZN) heeft daarnaast, in afwachting van de Zichtbare Zorg-sets, ten behoeve van de zorginkoop aandoeningsspecifieke kwaliteitsindicatoren opgesteld.¹⁹

Naast de ziekenhuiszorg zijn er voor veel sectoren, eveneens veelal binnen het programma Zichtbare Zorg, sectorspecifieke transparantieprogramma's in ontwikkeling of in uitvoering. Hierbij gaat het om sectoren als de verpleging, verzorging en thuiszorg, de GGZ, de GZ, huisartsen²⁰, openbare apotheken, fysiotherapeuten en andere eerstelijns zorgverleners, en om vier belangrijke chronische zorgpaden (COPD, CVR, Hartfalen en Diabetes). Veelal betreft het informatie over veiligheid, effectiviteit en bereikbaarheid van de zorg, maar ook over patiënttevredenheidsinformatie (CQI's) en zogenaamde etalage- of structuurinformatie over de verleende zorg.

Een laatste hier te noemen voorbeeld betreft het project 'DBC's op weg naar Transparantie'.²¹ Sinds medio mei 2009 is de Regieraad Kwaliteit van Zorg geïnstalleerd. De Regieraad heeft onder andere als taak te zorgen voor meer structuur en aansturing in het ontwikkelen en implementeren van richtlijnen. De Raad maakt een knelpuntenanalyse en aan de hand daarvan biedt ze handvatten aan in de vorm van gestandaardiseerde procedures. Daarmee worden partijen gestimuleerd richtlijnen te ontwikkelen en gebruiken.

¹⁷ Zie (NZa, Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2008: Ontwikkelingen beoordeeld door de NZa, 2008, p. 33).

¹⁸ Zie www.zichtbarezorg.nl.

¹⁹ (NZa, Monitor Ziekenhuiszorg 2008: Een analyse van de marktontwikkelingen in het B-segment 2008, 2008, pp. 35-38).

²⁰ Binnen de huisartsenzorg bestaat praktijkaccreditering (NHG), een Consumer Quality Index (CQI), een Stuurgroep Transparantie Huisartsenzorg en benchmarking.

²¹ Zie <http://www.dbconderhoud.nl/Ontwikkelen-van-de-DBC-systematiek/DOT---DBC's-op-weg-naar-transparantie>.

1.3 Taakomschrijving commissie verticale integratie

Sinds in de zorg het beleid is ingezet om de vraag van cliënten centraal te stellen, hebben zorgverzekeraars en zorgaanbieders meer ruimte en verantwoordelijkheden gekregen. Dit heeft onder andere geleid tot allerlei nieuwe samenwerkingsvormen, waaronder samenwerkingsvormen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Daarbij kunnen diverse motieven een rol spelen. Sommige samenwerkingsverbanden worden ingegeven door de wens de kwaliteit van zorg te verbeteren, waarbij het mogelijk maken van ketengerichte benaderingen (waarbij minimaal twee soorten zorgaanbieders betrokken zijn) en meer aandacht voor preventie vaak worden genoemd. Samenwerking kan ook worden gezien als middel om kosten te besparen, efficiëntievoordelen te behalen, knowhow gezamenlijk te benutten en (sneller) te innoveren.

Over de voor- en nadelen van de verschillende samenwerkingsvormen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders wordt uiteenlopend gedacht. Sommige nieuwe vormen roepen ook vragen op, en meer naarmate sprake is van verdergaande samenwerkingsverbanden. Tegen die achtergrond is in het spoeddebat Verticale integratie zorg van 11 maart 2009 de instelling aangekondigd van een 'Commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders', mede naar aanleiding van de door de Tweede Kamer aangenomen motie Schippers c.s. (TK 2008-2009, 29 689, 236).

De commissie heeft tot taak te onderzoeken in hoeverre een wettelijk verbod op verschillende vormen van verticale integratie, met uitzondering van een tijdelijke situatie die noodzakelijk is om aan de zorgplicht te voldoen, noodzakelijk en proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, bereikbaarheid²² en betaalbaarheid in de zorg.

Onder *verticale integratie* wordt in ieder geval verstaan:

- het al dan niet na een *juridische fusie*, door de rechtspersoon van een zorgverzekeraar verlenen van zorg;
- rechtstreekse of middellijke²³ *bestuurlijke deelname* van een zorgverzekeraar in een zorgaanbieder; en
- rechtstreekse of middellijke *financiële deelname* dan wel andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder.

Er is in het instellingsbesluit bewust gekozen voor een brede definitie van verticale integratie. In paragraaf 2.1 gaan we in meer detail in op de omschrijving van verticale integratie.

De commissie onderzoekt daarbij in ieder geval de toereikendheid van bestaande wet- en regelgeving en het daarbij behorende toezicht, met het oog op het borgen van de publieke belangen, alsook de haalbaarheid van een mogelijk wettelijk verbod binnen de kaders van het Europese recht en

²² Bereikbaarheid wordt ook wel aangeduid als toegankelijkheid.

²³ Middellijke deelname wil zeggen dat geen sprake is van een rechtstreekse deelname van verzekeraar V in zorgaanbieder Z, maar van een 'indirecte': als M een verzekeringsdochter V heeft en een zorgaanbieder Z, dan is sprake van middellijke deelname.

eventuele specifiek te adresseren uitvoeringsaspecten. Het instellingsbesluit voor de commissie is opgenomen in Bijlage A.

Afbakening: geen AWBZ-zorg

Hoewel het zorgverzekeraars – zolang ze daarmee geen risico lopen – in principe wel is toegestaan zelf AWBZ-zorg te verlenen, hebben we ons bij het onderzoek naar een wettelijk verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders beperkt tot het terrein van de zorg die wordt gefinancierd via de Zorgverzekeringswet. Het terrein van de AWBZ is dus buiten beschouwing gelaten. De reden daarvoor is dat zorgverzekeraars niet zelf de AWBZ uitvoeren maar dit hebben gemandateerd aan zorgkantoren; dit zijn uitvoeringsafdelingen van zorgverzekeraars die de AWBZ risicoloos uitvoeren, niet alleen voor de eigen verzekerden maar voor de gehele regionale bevolking. Er zijn 32 zorgkantorregio's in Nederland.

Qua sturing en risicoverdeling is de AWBZ-zorg dus dermate anders, dat het concept van verticale integratie daar voor verzekeraars niet dezelfde logische stap is zoals die dat in sommige gevallen onder de Zorgverzekeringswet wel kan zijn. Er zijn ook geen voornemens van verticale integratie tussen zorgverzekeraars en AWBZ-zorgaanbieders bekend. Dit neemt overigens niet weg dat in bepaalde gevallen AWBZ-instellingen wel betrokken kunnen zijn bij vormen van verticale integratie. Zo is een aantal AWBZ-zorgaanbieders in de regio Schiedam betrokken bij de plannen om te komen tot een coöperatie die eigenaar wordt van het Vlietland Ziekenhuis.

Publieke belangen

In dit rapport gebruiken we de term publieke belangen om te verwijzen naar belangen die mede door de overheid geborgd dienen te worden. Op de zorgmarkt gaat het voornamelijk om betaalbaarheid, kwaliteit en bereikbaarheid. Omdat de overheid met het borgen van deze belangen de welvaart van consumenten wil vergroten, wordt in dit rapport ook wel gesproken van het belang van consumenten of van consumentenwelvaart als het om publieke belangen gaat (waarbij wordt aangekend dat consumentenbelang en publieke belangen waarschijnlijk niet in alle gevallen samenvallen). In plaats van een publiek belang wordt ook wel gesproken van de term algemeen belang. In hoofdstuk 5, waar de juridische haalbaarheid wordt beoordeeld, hanteren we de term algemeen belang.

Intern en extern toezicht

In dit rapport gaan we in op het externe toezicht op zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Daarnaast is tevens het interne toezicht van belang (*corporate governance*). We hebben geen onderzoek gedaan naar het functioneren van het interne toezicht bij zorgverzekeraars en zorgaanbieders.²⁴ Deze afbakening heeft te maken met de korte doorlooptijd van het onderzoek als ook met het primaire belang van extern toezicht als het gaat om de gevolgen van verticale integratie voor de markt. We

²⁴ In een op 10 maart 2009 verschenen rapport van de Raad voor Volksgezondheid en zorg 'Governance en kwaliteit van zorg' wordt aandacht besteed aan het onderwerp, maar wordt geen conclusie getrokken over het functioneren van het intern toezicht in het algemeen. Wel wordt geconcludeerd dat de overheid wettelijke basisnormen voor kwaliteit moet vaststellen en dat zorgaanbieders hun interne governance nadrukkelijker dan nu het geval is moeten verbinden met kwaliteit van zorg. Voorts stelt de RVZ dat de Raden van Toezicht moeten professionaliseren. De RVZ benadrukt voorts dat het voor het functioneren van het interne governancestelsel essentieel is dat professionals verantwoording afleggen over hun handelen. Om dat te waarborgen moet er volgens de RVZ een publiekrechtelijke beroepsorganisatie van artsen komen die richtlijnen dwingend kan opleggen.

gaan ervan uit dat het intern toezicht in voldoende mate op orde is. We hebben in dit verband ook geen onderzoek gedaan naar het verschil tussen op winst gerichte ondernemingen (meeste zorgverzekeraars) en niet op winst gerichte ondernemingen (meeste zorginstellingen).

1.4 Effectiviteit van een wettelijk verbod

Voor de beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van een mogelijk wettelijk verbod op verticale integratie – als waarborg voor de publieke belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg – dient tevens de effectiviteit (of geschiktheid) van de maatregel te worden beschouwd. De effectiviteit van een instrument is doorgaans groter naarmate het de oorzaken van het onderliggende probleem aanpakt. In dit geval is het probleem dat als gevolg van de verticale integratie de concurrentie (verder) kan worden beperkt.²⁵ De vraag is of een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders mogelijke onderliggende problemen aanpakt.

Mogelijk gebrek aan horizontale concurrentie (beperking van innovatiever en concurrerder zorgaanbod)

Een belangrijk onderliggend probleem zou gebrek aan horizontale concurrentie²⁶ kunnen zijn. Zoals in hoofdstuk 2 zal worden beschreven, kan verticale integratie alleen problematisch zijn als er te weinig concurrentie bestaat tussen verzekeraars onderling of tussen zorgaanbieders onderling. Indien de concurrentie op horizontaal niveau gebrekkig zou zijn, ligt het meer voor de hand om op dat niveau in te grijpen in plaats van in de verticale relaties in te grijpen. Er zijn in dat verband reeds verschillende voorstellen gedaan voor wat betreft zorgaanbieders: (1) een ‘nee, tenzij’ toets²⁷ en (2) een horizontaal fusieverbod in de zorgsector indien de fuserende partijen gezamenlijk een marktaandeel op de relevante markt hebben van 35% of meer.²⁸ Uiteraard is een dergelijke maatregel niet effectief om bestaande machtsposities aan te pakken, maar wel om eventuele toekomstige machtsposities te voorkomen.

In dit rapport gaan we niet in op de wenselijkheid van een horizontaal fusie- of integratieverbod. Wel constateren wij dat een verbod op verticale integratie zonder een verbod op horizontale fusies is als het paard achter de wagen spannen. Indien de vrees voor de vorming van machtsposities de

²⁵ De commissie gaat ervan uit dat de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg door verticale integratie worden benadeeld indien de verticale integratie leidt tot een significante beperking van de mededinging. De commissie meent derhalve dat ingeval verticale integratie de concurrentie beperkt, deze ook in de weg staat van de waarborging van de publieke doelen. De publieke belangen zouden volgens de motie Schippers c.s. door verticale integratie in gevaar kunnen komen door (i) een beperking van de keuzevrijheid van consumenten/ patiënten en (ii) een innovatiever en concurrerder zorgaanbod in de weg te staan.

²⁶ De samenvoeging ‘horizontale concurrentie’ is gekozen om het onderscheid tussen verticale en horizontale relaties te benadrukken voor de lezer. Concurrentie is echter per definitie horizontaal.

²⁷ Zie (Baarsma, 2008).

²⁸ Zie de brief ‘Kiezen voor bereikbaarheid en kwaliteit van zorg’, Kamerstukken II 2007/08, 29 247, nr. 75 en het debat van 11 maart 2009 waarin minister Klink zich voor een dergelijk fusieverbod heeft uitgesproken. De Raad van State heeft in een recent advies geconcludeerd dat de toets voor zorgfusies niet tijdelijk hoeft te worden aangescherpt door concentraties die leiden tot een marktaandeel van 35% of meer te verbieden (Raad van State, 2009).

Los daarvan is de minister van Economische Zaken in overleg met de minister en staatssecretaris van VWS om met een beleidsregel het fusietoezicht op de zorg aan te scherpen (Kiezen voor bereikbaarheid en kwaliteit van zorg, bijlage bij Kamerstukken II 2007/08, 29 247, nr. 75). In het bijzonder zou de NMa bij een marktaandeel van 35 procent nader onderzoek dienen te doen; rekening moeten houden met het feit dat de zorg een sector in transitie is met gebrekkige transparantie en waar mensen in de langdurige zorg hechten aan zorg in hun vertrouwde omgeving; en structureel de zienswijzen van cliëntenraden in haar oordeel moeten betrekken.

reden zou zijn voor een nieuwe wettelijk verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, dan kan die maatregel zich beter richten op horizontale fusies (of breder: horizontale integratie).

Behalve of naast een aanpassing van de concentratietoets kan ook gekozen worden om de horizontale concurrentie te stimuleren. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de ex post calculatie in het risicoverenigingssysteem. Doordat pas achteraf verschillen in zorgkosten worden verrekend, is er minder financieel risico voor verzekeraars maar tegelijkertijd ook een beperktere prikkel om kostenefficiënt te werken. Het loont daarom nog niet om scherp te onderhandelen als verzekeraar. Hier speelt ook de ondoorzichtigheid op zorgmarkten een rol (zie volgende kopje).

Een tweede voorbeeld is de gecreëerde schaarste als gevolg van de numerus fixus in medische studies, waardoor er toetredingsdrempels worden opgeworpen en de concurrentie tussen zorgaanbieders vermindert. Ten derde is er een verbod voor ziekenhuizen om winsten uit te keren aan derden. Daardoor zijn ziekenhuizen minder aantrekkelijk voor kapitaalverschaffers en kan de kapitaalmarkt niet zijn tuchtigende werking op de ziekenhuizen uitoefenen. Een laatste voorbeeld is dat er nog slechts een beperkt deel van het zorgaanbod vrij onderhandelbare tarieven kent (het B-segment bedraagt zo'n 34% van de markt; zie paragraaf 2.2). Deze oorzaken zijn alle het gevolg van huidige overheidsingrijpen en kunnen door wijziging van dit ingrijpen gemitigeerd worden.²⁹

Gebrek aan transparantie (beperking van keuzevrijheid consumenten)

Behalve door beperkte horizontale concurrentie kunnen problemen als gevolg van verticale integratie ook veroorzaakt worden door te weinig transparantie van zowel de kwaliteit van het zorgaanbod als de prijs en voorwaarden van zorgverzekeringen. Een deel van de intransparantie is niet goed op te lossen, bijvoorbeeld omdat deze samenhangt met het incidentele karakter van de vraag voor veel consumenten. Een ander deel is wel op te lossen. Zo is de informatieasymmetrie op de collectieve verzekeringsmarkt doorgaans geringer, omdat door geïnformeerde partijen wordt onderhandeld. Zoals in paragraaf 1.2 beschreven zijn er reeds verschillende initiatieven om kwaliteit beter meetbaar te maken.³⁰

Transparantie is problematisch, zowel voor verzekeraars als consumenten (ook verzekeraars weten vaak niet wat de kwaliteit is van de geleverde zorg; vaak wordt ook niet selectief gecontracteerd op kwaliteit van de zorgaanbieder). Het vergroten van transparantie heeft vele voordelen. Allereerst gaat een grotere en effectievere dreiging uit van de keuzes van verzekerden (bij de keuze van de

²⁹ Een voorbeeld waar de overheid haar beleid al heeft aangepast, betreft de huidige systematiek van kapitaallastenvergoeding. Deze systematiek van kapitaallastenvergoeding bevat nog onvoldoende prikkel tot kostenbewustzijn. Intramurale zorginstellingen ontvangen een vergoeding voor kapitaallasten, ook als voor een gebouw wordt gekozen dat veel te duur is of een inefficiënte en dus dure interne logistiek kent. Om ervoor te zorgen dat zorginstellingen hun investeringen afstemmen op de behoeften van cliënten, krijgen zij vanaf begin 2009 de met de investeringen samenhangende kapitaallasten niet langer meer gegarandeerd vergoed. In de jaren na invoering van integrale tarieven wordt het risico voor de instellingen stapsgewijs opgevoerd. Uiteindelijk zullen alle zorginstellingen hun kapitaallasten grotendeels terugverdienen door middel van het leveren van zorg (RVZ, 2008).

³⁰ Verder wordt de concurrentie ook beperkt door een aantal zaken die niet goed beïnvloedbaar zijn met beleid of toezicht. Ten eerste is de prijselasticiteit van de zorgvraag erg laag (genezen willen worden tegen elke prijs). Ten tweede zal er altijd een informatieasymmetrie zijn tussen patiënt en zorgaanbieder en dus zal er in enige mate sprake zijn van *supplier induced demand*. Ten derde zal een deel van de zorgmarkt altijd buiten concurrentie blijven, namelijk de acute en topklinische zorg (inschatting is dat dit niet-onderhandelbare deel zo'n 30% van de markt betreft).

polis en de keuze van de zorgaanbieder) en van verzekeraars (bij het onderhandelen van selectieve contracten). Door transparantie van kwaliteit dalen ook de zoekkosten voor verzekeraars bij het afsluiten van contracten met zorgaanbieders. Daardoor dalen de overstapkosten voor de verzekeraar alsook het risico op marktafsluiting (het waterbed effect of verkaveling; deze begrippen worden in paragraaf 2.3.1 toegelicht). Kortom, verhoging van de transparantie bevordert tevens de concurrentie (gebrek aan transparantie is een van de oorzaken van een eventuele gebrekkige horizontale concurrentie). Ook kan goede informatie over de kwaliteit voorkomen dat verzekeraars zich in hun strijd om een hoger marktaandeel (te) eenzijdig op de prijs richten.

De daadwerkelijke mededinging wordt ook beperkt door het gebrek aan transparantie van de verzekeringsmarkt voor consumenten. De NZa geeft aan dat de markt nog niet transparant is omdat de looptijd van verzekeringspolissen niet synchroon loopt met de looptijd van contracten tussen verzekeraars en zorgaanbieders. Op het moment dat een consument een polis kiest, heeft de consument dus nog geen (volledige) informatie over de contracten die de verzekeraar heeft afgesloten.

Vanwege het essentiële belang van voldoende transparantie van het zorgaanbod en de zorgverzekeringsmarkt, zouden alle initiatieven die leiden tot meer transparantie prioriteit moeten krijgen.

Effectiviteit

Een verbod op verticale integratie pakt de in deze paragraaf genoemde mogelijke onderliggende (gerelateerde) problemen – gebrek aan horizontale concurrentie en gebrek aan transparantie – niet aan. Bovendien kunnen partijen een vergelijkbaar resultaat als verticale integratie bereiken met langjarige verticale afspraken. Het is derhalve effectiever om deze punten rechtstreeks aan te pakken dan een verbod in te stellen. Welke maatregelen daartoe nodig zijn, is een vraag die buiten het werkveld van de commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders valt. Wij doen ook geen aanbevelingen op dit vlak, behalve de aanbeveling om hoge prioriteit aan het transparanter maken van de markten te geven.

1.5 Leeswijzer

Dit rapport bevat 5 hoofdstukken en 5 bijlagen.

Hoofdstuk 2 gaat in op verticale integratie in de zorgsector, te beginnen met de (juridische) definiëring en de praktijk: hoe vaak komen (met name verticale) samenwerking en integraties voor in de Nederlandse zorg? Vervolgens wordt stilgestaan bij de voor- en nadelen van verticale integratie tussen een zorgverzekeraar en zorgaanbieder.

In hoofdstuk 3 wordt het huidige toezichtkader in de zorg beschreven, in het bijzonder voor wat betreft het voorkomen en corrigeren van de (potentieel) negatieve effecten van verticale integratie. Zoals zal blijken, zijn hier verschillende toezichthouders mee gemoeid die ieder hun eigen werkgebied kennen. Van belang is onder meer de vraag of het huidige toezichtkader duidelijk en toereikend is, en of de uitvoering adequaat is. Dit wordt mede bepaald door de afbakening en overlap van de

verantwoordelijkheden van de verschillende toezichthouders. Los daarvan staat de vraag of bepaalde negatieve effecten (structureel) niet kunnen worden meegenomen in het toezichtkader.

Hoofdstuk 4 bevat de synthese van de hoofdvraag. In ogeschouw nemende alle informatie uit de voorgaande hoofdstukken: is een verbod op verticale integratie tussen een zorgverzekeraar en zorgaanbieders wel of niet gewenst. Hoofdstuk 5 gaat in op de vraag of een wettelijk verbod juridisch mogelijk is.

2 Verticale integratie in de zorgsector

In dit hoofdstuk gaan we in op de verschillende soorten integratie en concentraties (paragraaf 2.1) en op de vraag hoe vaak verticale integratie voorkomt in de zorg (paragraaf 2.2). Paragraaf 2.3 beschrijft de mogelijke nadelen van verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, en paragraaf 2.4 de mogelijke voordelen. De conclusie staat in paragraaf 2.5.

2.1 Soorten integratie

In dit rapport staat een aantal begrippen centraal:

- **Verticale concentratie.** Bij concentraties is sprake van een wijziging van zeggenschap in een onderneming. Zeggenschap betekent de mogelijkheid om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. Zeggenschap kan worden verkregen door een fusie, overname, deelname of joint venture.
- **Verticale integratie.** In dit rapport spreken we van verticale integratie in het geval van een juridische fusie, rechtstreekse of middellijke bestuurlijke of financiële deelname en 'andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder'. Dat is breder dan concentraties, oftewel: breder dan het overdragen van zeggenschap van zorgaanbieder naar zorgverzekeraar (en/of andersom).

De motie Schippers c.s. verzoekt de regering het fuseren van zorgverzekeraars en zorgaanbieders en het aanbieden van zorg door zorgverzekeraars wettelijk te verbieden (met uitzondering van een tijdelijke situatie die noodzakelijk is om aan de zorgplicht te voldoen). Daarbij is in de motie Schippers c.s. niet geëxpliciteerd wat precies onder een fusie moet worden verstaan, en bovendien omvat de motie 'het aanbieden van zorg door zorgverzekeraars'. De opdracht aan de commissie is daarom bewust breed geformuleerd.

In het onderzoek hebben we vooral bekeken of een verbod op de meest vergaande en dus meest risicovolle vorm van verticale integratie (verticale fusies zoals hieronder gedefinieerd) noodzakelijk en proportioneel zou zijn om de publieke belangen te dienen. Indien een verbod op verticale fusies niet noodzakelijk en proportioneel is, geldt dat tevens voor de minder vergaande vormen van verticale integratie (bestuurlijke of financiële deelname en overige financiële betrokkenheid) indien het (gedrags)toezichtkader op deze vormen van verticale integratie adequaat is en adequaat wordt toegepast.

Concentraties

Naar de aard van de relatie tussen de producten/diensten die partijen aanbieden, kunnen concentraties worden opgesplitst in horizontale en verticale concentraties (samen te vatten onder de noe-

mer *non-conglomeraat*) en conglomerate concentraties.³¹ Concentraties worden in artikel 27 Mw omschreven als:

- het fuseren van twee of meer voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen;
- het (in)direct verkrijgen van zeggenschap door een (rechts)persoon die reeds zeggenschap heeft over ten minste één onderneming, of door een onderneming over (delen van) andere ondernemingen door middel van participatie in het kapitaal of vermogensbestanddelen; of
- de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

Horizontale concentratie vindt plaats tussen partijen die substituten aanbieden, oftewel partijen in dezelfde schakel van de productiekolom. Horizontale concentratie heeft daarom de potentie om in meer of mindere mate mededingingsbeperkend te zijn. Daarnaast is het ook mogelijk dat als gevolg van de fusie efficiëntiewinsten optreden. In het geval deze efficiëntiewinsten groter zijn dan anti-competitieve effecten, kan een efficiëntieverweer worden gevoerd.

Verticale concentratie vindt daarentegen plaats tussen partijen die actief zijn in verschillende schakels van dezelfde bedrijfskolom. De zorgaanbieder en de zorgverzekeraar werken samen in de zorgkolom bestaande uit de markt voor zorgverlening (de markt waar de zorg genoten wordt) en de verzekeringsmarkt (de markt waar de zorg ‘gekocht’ wordt middels het aanschaffen van een verzekeringspolis). Het beeld is gespiegeld aan de effecten van horizontale concentratie: verticale concentratie is niet direct mededingingsbeperkend en is over het algemeen eerder ingegeven door efficiëntieverbeteringen. Dit maakt verticale integratie in beginsel minder problematisch dan horizontale integratie. Verticale integratie leidt immers niet tot een verlies van rechtstreekse concurrentie tussen de integrerende ondernemingen.³²

Conglomerate concentraties betreffen het samengaan van twee of meer bedrijven die noch in een horizontale verhouding tot elkaar staan, noch in een verticale verhouding.³³

Naast verticale concentratie zijn er tal van minder vergaande verticale bindingsvormen, variërend van verticale prijsbinding tot *tie-in/bundling*. Zie bijlage B voor een uitgebreide opsomming. Een deel van de verticale beperkingen valt wel onder de in dat rapport breed gedefinieerde verticale integratie.

³¹ Zie (Europese Commissie, 2008) en (Elgers & Clark, 1980, p. 70).

³² Zie: (Europese Commissie, Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, 2008), rn. 11-13 “Bij niet-horizontale fusies is de kans dat zij de daadwerkelijke mededinging op significante wijze kunnen belemmeren, doorgaans kleiner dan bij horizontale fusies. In de eerste plaats leiden verticale fusies of fusies met een conglomeraat karakter doorgaans niet tot een verlies van rechtstreekse concurrentie tussen de fuserende ondernemingen op dezelfde relevante markt. [...] Ten tweede bieden verticale fusies en fusies met een conglomeraat karakter aanzienlijke ruimte voor efficiëntieverbeteringen.”

³³ Het kan gaan om het bundelen van qua productie of distributie functioneel gerelateerde bedrijven (“productuitbreiding”), bedrijven die met dezelfde producten/diensten verschillende geografische markten bedienen (“markuitbreiding”) of om anderszins ongerelateerde ondernemingen.

Integratie

Er zijn verschillende manieren om een integratie juridisch gestalte te geven, te weten:

- Juridische fusie: één van de rechtspersonen verkrijgt het vermogen van de andere(n) onder algemene titel, c.q. er wordt een nieuwe rechtspersoon opgericht die de vermogens van de betrokken rechtspersonen onder algemene titel verkrijgt. Met uitzondering van de verkrijger houden overige rechtspersonen op te bestaan (boek 2, titel 7 Burgerlijk Wetboek).
- Bestuurlijke fusie: alle betrokken rechtspersonen (veelal stichtingen) komen onder hetzelfde bestuur (eventueel in de vorm van een aparte stichting) te vallen. Dit wordt veelal in de non-profitsector toegepast en/of als tussenvorm alvorens tot een juridische fusie te komen.
- Verwerving van zeggenschap, hetgeen kan worden gerealiseerd door de verwerving van de aandelen in een onderneming of door middel van de verwerving van vermogensbestanddelen.
- Activa/passivatransactie: de eigendommen van een bedrijf (al dan niet volledig en eventueel met alle schulden) worden overgedragen aan een andere rechtspersoon. Dit komt vooral voor bij stichtingen, die immers geen aandelen hebben (Jellinghaus, 2003, pp. 100-103).

Geïnterpreteerd vanuit de verticale banden tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, levert dit de volgende varianten op:

- het al dan niet na een *juridische fusie*, door de rechtspersoon van een zorgverzekeraar verlenen van zorg (ingeval de zorgverzekeraar een zorgaanbieder in zijn eigen rechtspersoon incorporeert, wordt dit ook wel de “eigen instelling” van de zorgverzekeraar genoemd);
- rechtstreekse of middellijke *bestuurlijke deelname* van een zorgverzekeraar in een zorgaanbieder³⁴; en
- rechtstreekse of middellijke *financiële deelname* (financiering van de totstandkoming of instandhouding van een zorgaanbieder) dan wel andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder (bijvoorbeeld belegging met het oog op financieel rendement).³⁵

We gaan in dit hoofdstuk (paragraaf 2.3 en 2.4) in op de belangrijkste voor- en nadelen van verticale integratie tussen een zorgverzekeraar en zorgaanbieder, en baseren ons daarbij voor een belangrijk deel op wat daarover staat in de Richtsnoeren niet-horizontale fusies.³⁶ Het doel daarbij is niet om een uitputtende opsomming te geven, maar om te bekijken welke nadelen en voordelen zouden kunnen optreden.

³⁴ Het gaat hier om bestuurlijke deelname door een zorgverzekeraar in een instelling die een andere rechtspersoon is. Het verschil met middellijke deelname is dat er in geval van middellijke deelname sprake is van een (of meer) tussenliggende rechtspersonen: de verzekeraar neemt bestuurlijk deel in zo'n tussenliggende rechtspersoon, en die neemt op zijn beurt weer deel in de rechtspersoon van de zorgaanbieder.

³⁵ TK 2004-2005, Aangangsel van de Handelingen, nr. 1469, p. 3128.

³⁶ (Europese Commissie, Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, 2008).

2.2 Zorgintegratie in Nederland

Horizontale fusies tussen zorginstellingen (met name ziekenhuizen en care-instellingen) zijn de laatste jaren veelvuldig voorgekomen. In de periode 1985-2008 is het aantal ziekenhuizen (instellingen) door horizontale fusies met bijna 45% gedaald en bleef het aantal locaties nagenoeg gelijk. Sinds 1998 is er NMa-toezicht op deze fusies geweest.³⁷ De NMa heeft tot op heden alle gemelde fusies – al dan niet na het opleggen van beperkingen en voorschriften³⁸ – goedgekeurd. Voor een overzicht zie bijvoorbeeld (Gronden & Stergiou, 2008), (Janssen, Schep, & Sinderen, 2009) en (Snoep, Schrijvershof, & Chamalaun, 2009). Ook zijn huisartsen in toenemende mate gaan samenwerken in groepspraktijken of gezondheidscentra en zijn er diverse GGZ-instellingen en AWBZ-zorgaanbieders gefuseerd.

Tot op heden zijn er nog geen verticale concentraties tussen een zorgverzekeraar met een zorgaanbieder beoordeeld door de NMa. Op 6 mei jl. is voor het eerst een verticale integratie bij de NMa gemeld (inzake Vlietland-DSW c.s.). In de praktijk komt verticale integratie op kleinere (niet-meldingsplichtige) schaal vaker voor, zoals een verzekeraar die huisartsen in loondienst neemt of een financieel belang neemt in een gezondheidscentrum met onder andere huisartsen, of een verzekeraar die een financieel belang heeft in apotheken. Een bekend ander voorbeeld dat tot Kamervragen leidde, is de joint venture die Orthopedisch Centrum Máxima met het Máxima Medisch Centrum opzette en waarin zorgverzekeraar CZ een minderheidsbelang nam.³⁹ Bijlage C geeft een overzicht van recente en aangekondigde verticale integratie in de zorg.

Verticale integratie (het hebben van een eigen instelling) is, nadat dit onder de toenmalige Ziekenfondswet langere tijd verboden was, met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet in 2006 in Nederland expliciet mogelijk gemaakt (Hermans, Participatie van zorgverzekeraars in ziekenhuizen, 2009).

2.3 Nadelen van verticale integratie

De zorgmarkt werkt beter naarmate verzekerden eenvoudiger kunnen overstappen naar beter presterende zorgverzekeraars en zorgaanbieders en indien innovatieve, kwalitatief goede en efficiëntere spelers de markt kunnen betreden. De voornaamste reden waarom verticale integratie tussen een zorgverzekeraar en zorgaanbieder anticompetitief kan zijn, is dat – uitgaande van een situatie met marktmacht van de verzekeraar en/of zorgaanbieder – de integratie kan leiden tot overheveling of versterking van marktmacht in de verticale kolom (*leverage of monopoly power*) door middel van marktafsluiting (*foreclosure*). Marktafsluiting wordt uitgebreid besproken in de Richtsnoeren niet-horizontale fusies van de Europese Commissie⁴⁰ (rn. 29 e.v.). De bespreking in deze en de volgende paragraaf is in lijn met de meer algemene bespreking in de EC Richtsnoeren.

³⁷ Tot 2004 onthield de NMa zich van toetsing van fusies tussen ziekenhuizen.

³⁸ Ter illustratie: in de fusie van Eveen-Philadelphia-Woonzorg Nederland zijn door de NMa remedies opgelegd.

³⁹ TK, vergaderjaar 2004-2005, Aanhangsel. Nr. 1469, vragen van de leden Heemskerk en Arib d.d. 4 april 2005.

⁴⁰ Zie (Europese Commissie, Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, 2008).

In de literatuur wordt doorgaans nog een basisreden genoemd voor anticompetitieve gevolgen van verticale integratie, namelijk dat verticale integratie het gemakkelijker maakt om op horizontaal niveau samen te spannen (kartels te sluiten).⁴¹ Er zijn geen redenen om aan te nemen dat dit negatieve effect een hoofdrol speelt op de zorgmarkt. Hier gaan we dan ook alleen in op marktafsluiting en overheveling van marktmacht.⁴²

Bij de nadelen van verticale integratie zal de toezichhouder onderzoeken of partijen (i) de mogelijkheid en (ii) de prikkel hebben prijzen te verhogen of de kwaliteit dan wel bereikbaarheid te verlagen, en of (iii) dit effect zal hebben op de concurrentie (zie hoofdstuk 3).

2.3.1 Marktafsluiting

Marktafsluiting betekent dat onderneming(en) met marktmacht deze macht gebruiken om te voorkomen dat (potentiële en zittende) concurrenten groeien en om toetreding door nieuwe spelers te bemoeilijken (inclusief spelers die actief zijn op een andere geografische of productmarkt).

Bronafscherming: uitsluiting van verzekeraars

In de Richtsnoeren niet-horizontale fusies wordt bronafscherming (*input foreclosure*) als volgt omschreven (rn. 31):

“Bronafscherming doet zich voor wanneer het waarschijnlijk is dat de nieuwe entiteit na de fusie de toegang tot de producten en diensten zal beperken die zij zonder de fusie zou hebben geleverd respectievelijk verricht, waardoor zij de kosten voor de concurrerende benedenwaartse onderneming verhoogt doordat deze grotere moeite heeft om zich tegen vergelijkbare prijzen en onder vergelijkbare voorwaarden als zonder de fusie het geval zou zijn geweest, van voorzieningsbronnen te voorzien.”

Een benedenwaartse onderneming is er een die producten geleverd door de opwaartse onderneming bewerkt en die dus dichterbij de consument staat dan de stroomopwaartse. In de zorgsector is er (voor wat betreft zorgaanbieders en zorgverzekeraars) geen sprake van bewerking van producten, maar van complementaire diensten. Het is tot op zekere hoogte arbitrair welke dienst als benedenwaarts geclassificeerd wordt, en voor de economische analyse in dit hoofdstuk is dit ook irrelevant.

Op de zorgmarkt doet bronafscherming zich voor wanneer de integratie de kosten van concurrerende zorgverzekeraars doet stijgen doordat zij hun toegang tot een belangrijke voorzieningsbron beperkt. Op de zorgmarkt kan *input foreclosure* leiden tot beperking van de mededinging tussen zorgverzekeraars. Indien de geïntegreerde zorgaanbieder in staat is andere verzekeraars de toegang tot de zorginstelling of de zorgaanbieder te ontzeggen, en indien de andere verzekeraars als gevolg daarvan minder mogelijkheden of prikkels hebben om met deze aanbieder te concurreren op prijs

⁴¹ Een verticaal geïntegreerde onderneming heeft meer informatie over de prijzen die concurrenten aanrekenen. Dit betekent dat monitoring van de kartelafpraak beter mogelijk is en dat afwijken daarvan dus minder zal voorkomen. Zie rn 79 e.v., gecoördineerde effecten, (Europese Commissie, Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, 2008)

⁴² Behalve toegangs- en discriminatieproblemen rijzen mogelijk ook vragen met betrekking tot de vertrouwelijkheid van informatie over patiënten en behandelingen. Omdat dit probleem met privacywetgeving opgelost kan worden, laten we het hier buitenbeschouwing.

en kwaliteit, dan zou dit leiden tot hogere prijzen, minder kwaliteit en minder keuze op de zorgverzekeringsmarkt.

Het effect van bronafscherming door een geïntegreerde onderneming in de zorgmarkt is dat de mededinging op de zorgverzekeringsmarkt beperkt wordt doordat concurrerende zorgverzekeraars toegang tot het ziekenhuis (of andere zorgaanbieder) te weigeren of tegen slechtere voorwaarden toegang verlenen. De opbrengst van deze strategie zou uiteindelijk moeten zijn het rekenen van hogere premies als de competitieve druk van andere zorgverzekeraars afneemt. De kosten van een strategie van bronafscherming voor de geïntegreerde onderneming bestaan eruit dat de zorgaanbieder minder inkomsten genereert als deze geen cliënten van andere zorgverzekeraars aanneemt. Er bestaat voor het verticaal geïntegreerde bedrijf alleen dan een prikkel tot bronafscherming indien de kosten lager zijn dan de opbrengsten. Hoe competitiever de markt op horizontaal niveau, hoe kleiner de kans dat afsluiting voordelig is voor het geïntegreerde bedrijf.

Klantafscherming: uitsluiting van zorgaanbieders

In de Richtsnoeren niet-horizontale fusies wordt klantafscherming (*customer foreclosure*) als volgt omschreven (rn. 58):

“Klantafscherming kan zich voordoen wanneer een leverancier integreert met een belangrijke afnemer op de benedenwaartse markt. Door deze benedenwaartse aanwezigheid kan de fusieonderneming haar daadwerkelijke of potentiële concurrenten in de bovenwaartse markt (de inputmarkt) de toegang tot een toereikend klantenbestand ontzeggen en hun mogelijkheid of prikkel om te concurreren, verminderen. Dit kan vervolgens de kosten voor de benedenwaartse concurrenten verhogen doordat zij meer moeite hebben om zich tegen vergelijkbare prijzen en onder vergelijkbare voorwaarden van inputs te voorzien als zonder de fusie het geval zou zijn geweest. Hierdoor kan de gefuseerde entiteit de prijzen op de benedenwaartse markt op winstgevende wijze verhogen. Eventuele efficiëntieverbeteringen als gevolg van de fusie kunnen de gefuseerde entiteit er eventueel toe brengen de prijzen te verlagen zodat het totale effect op de verbruikers niet negatief is.”

Op de zorgmarkt leidt klantafscherming tot beperking van de mededinging tussen zorgaanbieders. De geïntegreerde aanbieder ontzegt andere zorgaanbieders toegang tot de klantenbasis, en andere zorgaanbieders zijn als gevolg daarvan minder concurrerend. Dit kan leiden tot hogere prijzen, minder kwaliteit en minder keuze op de zorgmarkten.

Het effect van klantafscherming in de zorgmarkt is de concurrentie te verzwakken op de markt voor zorgaanbod, waardoor de geïntegreerde zorgaanbieder een betere onderhandelingspositie richting andere zorgverzekeraars (en richting verzekerden met een polis zonder vooraf gecontracteerde zorg) krijgt en hogere tarieven kan aanrekenen in het vrij onderhandelbare segment.

Of deze opzet daadwerkelijk slagingskans heeft, hangt af van de mate waarin concurrerende zorgaanbieders afhankelijk zijn van de geïntegreerde zorgverzekeraar. Als er voldoende toestroom is van patiënten van andere zorgverzekeraars dan hebben concurrerende zorgaanbieders hier weinig tot geen last van. Verder is van belang dat de zorgverzekeraar zichzelf ook in de vingers snijdt als hij

verzekerden alleen richting de eigen zorginstelling of -aanbieder 'stuurt'. Ten eerste zal verlies van keuzevrijheid verzekerden afschrikken en richting concurrenten jagen. Ten tweede blijft de zorgverzekeraar afhankelijk van zorgaanbieders buiten het 'catchment area' (werkgebied) van de geïntegreerde zorginstelling of -aanbieder. Ten derde zal de verzekeraar geen niet-gecontracteerde restitutiepolissen meer kunnen aanbieden (als hij alle verzekerden naar zijn eigen zorginstelling of -aanbieder stuurt), hetgeen zijn competitieve positie op de zorgverzekeringsmarkt ook verzwakt. De vraag is of het voordeel voor de gefuseerde onderneming van meer opbrengsten door toegenomen marktmacht op de zorgaanbodmarkt opweegt tegen het nadeel van klantverlies op de zorgverzekeringsmarkt.

Indien de afscherming zou leiden tot een beperktere toegang van concurrerende zorgaanbieders tot verzekerden van de geïntegreerde onderneming, dan kan dit tot problemen leiden als de (minimale) schaalgrootte van concurrerende zorgaanbieders door de integratie in gevaar komt. De Nederlandse ziekenhuizen zijn echter al groot ten opzichte van de minimaal efficiënte schaal, zodat dergelijke problemen niet te verwachten zijn op de ziekenhuismarkt.⁴³ Er is ons geen informatie bekend over de minimaal efficiënte schaal van andersoortige zorgaanbieders/-instellingen.

Klantafscherming hoeft daarom niet leiden tot moeilijkere toegang voor innovatief zorgaanbod (zie Motie Schippers c.s., 2008). De verticaal geïntegreerde onderneming is even geïnteresseerd als losse zorgverzekeraars om innovatief zorgaanbod te contracteren.

Verkavelingsscenario

Marktafsluiting kan in de praktijk op verschillende manieren optreden. Een verschijningsvorm die in de discussie over een mogelijk verbod op verticale integratie veel aandacht heeft gekregen, is het verkavelingsscenario. Gegeven de Nederlandse marktstructuur met vier grote zorgverzekeringsconcerns met sterke regionale posities (zie paragraaf 1.2) is er volgens sommigen de kans dat integratie van deze vier verzekeraars met zorgaanbieders kan leiden tot 'verkaveling'. In dat geval zou sprake zijn van vier verticaal geïntegreerde ketens die actief zijn op verschillende, elkaar uitsluitende, regionale markten, onderling nagenoeg niet concurreren en nieuwe zorgaanbieders in een vroeg stadium van de markt kunnen drukken (Wijnbergen & Schippers, 2009). Verkaveling kan optreden als gevolg van verticale en horizontale fusies.

In de discussie over verkaveling heeft het 'waterbed effect' een rol gespeeld als een van de mogelijke mechanismen bij verkaveling. Naar het waterbed effect wordt verwezen om aan te geven dat een grote partij steeds groter wordt en kleine partijen steeds kleiner. De presumptie is dat de onderhandelingspositie van een kleine zorgverzekeraar afhankelijk is van de sterkte van de onderhandelingspositie van een grote zorgverzekeraar. Wij hebben geen empirisch bewijs kunnen vinden dat dit uitgangspunt onderbouwt. Daarnaast is er ook een aantal theoretische argumenten om het waterbed effect (en in het verlengde daarvan het verkavelingsscenario) onwaarschijnlijk te achten. Deze argumenten worden in onderstaande Box 2.1 beschreven. Onze conclusie is dat er krachten zijn die tegenstaan dat de grotere zorgverzekeraars alsmaar groter worden en dat er factoren zijn die kleinere

⁴³ Volgens onderzoek van (Blank, Haelermans, Koot, & Putten, 2008) blijkt dat het omslagpunt ergens tussen de tweehonderd en driehonderd bedden ligt (p. 327).

verzekeraars kansen geven. Daarnaast kan toezicht voorkomen dat grotere zorgverzekeraars door fusies groter worden als dat de mededinging op significante wijze belemmert (zie hoofdstuk 3; dit kan zowel vooraf door de NZa als achteraf door de NMa gebeuren).

Box 2.1 Waterbed effect nader toegelicht

De waterbed effect-theorie komt erop neer dat sterke onderhandelingsmacht van één zorgverzekeraar, waardoor deze voor zichzelf lagere prijzen kan afdwingen, leidt tot hogere prijzen voor haar concurrenten omdat de zorgaanbieder toch ergens zijn kosten op moet kunnen verhalen (CPB, 2008).⁴⁴ Uitgangspunt daarbij is dat verzekeraars met een dominante regionale positie hun onderhandelingsmacht jegens zorgaanbieders in de regio verder kunnen vergroten (door verticale integratie of anderszins). Doorredenerend conform het uitgangspunt, worden de grote verzekeraars groter (verzekerden stappen over van de kleinere naar de grote verzekeraar), worden de kleine kleiner, waardoor de Nederlandse verzekeringsmarkt gesegmenteerd raakt in regionale markten met elk één dominante verzekeraar. Wij hebben geen empirische bewijs kunnen vinden dat dit uitgangspunt onderbouwt.

Een tegenargument wordt beschreven door het CPB. In het geval er wachtlijsten zijn (er te weinig zorgcapaciteit is), is de dominante regionale speler juist in het nadeel. Gezien zijn zorgplicht en hoge marktaandeel zal deze verzekeraar met alle zorgaanbieders contracten moeten sluiten, dus ook met de inefficiënte aanbieders. Kleinere concurrenten kunnen daarentegen wel selectief contracteren. Het feit dat zorgaanbieders weten dat de dominante verzekeraar wel moet contracteren, verslechtert de onderhandelingspositie verder. (Bijlsma & Shestalova, 2009) concluderen dat het waterbed effect in een dynamische setting leidt tot segmentatie van de zorgverzekeringsmarkt in enkele regionale markten met een dominante verzekeraar per regio. We vinden onvoldoende aanknopingspunten om deze conclusie te onderschrijven. Zo is niet duidelijk dat de vier grote verzekeraars groot blijven en wellicht groter worden, en dat de kleine verzekeraars weinig of geen kans hebben om te groeien. Er is met andere woorden geen aanwijzing dat de zorgverzekeringsmarkt onvoldoende concurrerend is of kan worden gehouden door de toezichthouders.

Is het risico op verkaveling zo groot dat een verbod gerechtvaardigd is? De oorzaak van het waterbed effect, als het al aanwezig zou zijn, is marktmacht van verzekeraars. De vraag is of een verticale integratie de kans op het waterbed effect in het algemeen vergroot. Wij zijn daar niet van overtuigd.

Ten eerste is onduidelijk waarom de zorgaanbieder niet eerder flinke kortingen aan de dominante zorgverzekeraar heeft gegeven en nog meer naarmate de verzekeraar groter wordt. Voor dit effect is geen verticale integratie nodig, marktmacht van de verzekeraar is genoeg.

Ten tweede staat het netto-effect voor verzekerden van het waterbed effect niet vast. De gedachte is dat naarmate een verzekeraar verder groeit, de onderhandelingsmacht van deze verzekeraar verder stijgt, waardoor hij steeds lagere prijzen kan onderhandelen. De lagere prijzen voor een grote verzekeraar gaan dan ten koste van hogere tarieven voor concurrerende zorgverzekeraars die weinig klanten in de regio hebben. Merk op dat er een groep verzekerden is die erop vooruit gaat (de verzekerden van de dominante speler betalen minder premie) en een groep die erop achteruit gaat (de verzekerden bij de kleinere verzekeraar). Wat per saldo het effect is, staat op voorhand niet vast. Punt is wel dat het onwaarschijnlijker is dat de grotere verzekeraar met meer marktmacht deze voordelen doorgeeft aan verzekerden in de vorm van lagere premies.

Het waterbed effect treedt op indien aan bepaalde cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. hoge vaste overstapkosten;
2. lineaire contracten
3. de mogelijkheid om premies regionaal te differentiëren; en
4. de zorg moet (selectief) gecontracteerd zijn.^{45&46}

⁴⁴ Merk op dat deze theorie ook voor exclusieve contracten kan gelden.

⁴⁵ Eerder is al ingegaan op de voorwaarde dat geen sprake mag zijn van een capaciteitstekort op de zorgmarkt.

⁴⁶ Zie (CPB, 2008, p. 43) en paragraaf 5.4 van (NMa, 2005)

In praktijk staat niet vast dat doorgaans aan al deze voorwaarden wordt voldaan.

Ad 1. Hoge vaste overstapkosten

Het (CPB, 2008) beschrijft op grond van een theoretisch paper hoe het waterbedeffect ontstaat als gevolg van hoge vaste overstapkosten (de kosten die een zorgverzekeraar moet maken voor het afsluiten van een nieuwe verticale relatie). Deze kosten zijn voor een grote verzekeraar gemakkelijker te verdelen over de verzekerden, terwijl deze kosten zwaarder drukken op de poliskosten van kleinere verzekeraars. De verwachting is dan dat de grote verzekeraar geloofwaardiger is in het dreigen met overstappen naar een andere zorgaanbieder dan de kleine verzekeraar, omdat de zorgaanbieder weet dat de overstapkosten relatief hoog zijn voor de laatste. De sterkere onderhandelingspositie van de grote verzekeraar vergroot zijn marktpositie en zo ontstaat een zelfversterkend effect. Onbekend is hoe hoog de overstapkosten in praktijk zijn en er kan daarom ook niet worden bepaald of de kosten zo hoog zijn dat het waterbed effect inderdaad op zal treden.

Ad 2. Lineaire contracten

In het geval van een *lineair contract* onderhandelen de partijen alleen over de inkoopprijs en niet over het volume van de afzet. Indien in praktijk ook niet-lineaire contracten kunnen worden afgesloten tussen verzekeraars en zorgaanbieders zal het waterbed effect minder snel optreden (denk aan de mogelijkheid van kwantumkorting, staffels in de vergoede tarieven en kwaliteitsincentives). De reden is dat de sterkere onderhandelingspositie van de grote zorgverzekeraar leidt tot afname van het surplus van de zorgaanbieder (de tarieven staan immers niet vast) en niet langer tot een kostentoeename van de kleinere verzekeraars in de regio. Overigens kan een grotere verzekeraar ook in het geval van lineaire contracten relatief betere prijzen onderhandelen dan een kleinere verzekeraar en kan als gevolg daarvan een grotere verzekeraar groeien ten opzichte van de kleinere verzekeraar. Het verschil tussen kleine en grote verzekeraars zal echter groter zijn bij niet-lineaire contracten.

Op dit moment is voor een groot deel van de zorgmarkt sprake van lineaire contracten, simpelweg omdat er door de NZa gereuleerde – en dus vaste of maximum – tarieven zijn (het A-segment). In het B-segment is wel vrije prijsvorming mogelijk en komen niet-lineaire contracten veelvuldig voor. Aanvankelijk viel ongeveer 10% van de ziekenhuiszorg in het B-segment. Tegenwoordig is dat 34%, en dit zal in de komende jaren naar verwachting worden uitgebreid (tot circa 70%). In praktijk zal in toenemende mate niet meer aan deze voorwaarde zijn voldaan.

Ad 3. De mogelijkheid om premies regionaal te differentiëren

Uitgangspunt bij het kunnen optreden van het waterbed effect is dat de onderhandelingsvoordelen die worden behaald op regionale inkoopmarkten ook worden doorgegeven aan verzekerden in die regio: de *mogelijkheid om premies regionaal te differentiëren*. Als dergelijke inkoopvoordelen worden verspreid over alle verzekerden van die verzekeraar, dus ook over verzekerden in regio's waarin geen (grote) inkoopvoordelen worden behaald, vermindert het waterbed effect. Op dit moment is er een duidelijke tendens naar een landelijke markt, in ieder geval als het gaat om collectieve verzekeringen. Het kan zijn dat die trend doorzet, ook voor andere segmenten. Er kan met andere woorden niet van uit worden gegaan dat de markt zich provinciaal gaat ontwikkelen. Een aanwijzing voor een landelijke zorgverzekeringmarkt is het grote aandeel van bovenregionale collectiviteiten. De grote bovenregionale collectiviteiten hebben in het onderzoek van de NMa in zaak 6128 / Achmea - Agis aangegeven zich alleen op landelijke verzekeraars te richten. In de verschillende fusiezaken tussen zorgverzekeraars worden bovendien door de NMa geen aanwijzingen gevonden dat de belangrijkste zorgaanbieders in de diverse regio's niet bereid zijn te onderhandelen met niet-regionale zorgverzekeraars.

Ad 4. De zorg moet (selectief) gecontracteerd zijn

Het waterbed effect werkt sterker indien een groter deel van de verzekerden heeft gekozen voor een polis met *selectief gecontracteerde zorg*. Op dit moment wordt er nog slechts in beperkte mate selectief gecontracteerd en heeft 22% van de verzekerden in 2008 zelfs een polis waarbij de zorg niet gecontracteerd is (zie Figuur 1.2 in paragraaf 1.2).

2.3.2 Marktafsluiting via aspecten anders dan de prijs ('sabotage')

Stel dat een zorgaanbieder marktmacht heeft, dan kan hij zijn macht middels een verticale integratie 'doorgeven' op de markt waarop de zorgverzekeraar actief is. Neem bijvoorbeeld een integratie tussen een groot, of gespecialiseerd, ziekenhuis⁴⁷ en een verzekeraar. In dat geval kan 'sabotage' plaatsvinden (CPB, 2008). Sabotage betreft niet contracteerbare, moeilijk aantoonbare dimensies van kwaliteit, die de positie van concurrenten kunnen verslechteren. Denk hierbij aan een zorgaanbieder die patiënten die bij de geïntegreerde verzekeraar verzekerd zijn, op subtiele, niet-zichtbare wijze voorrang biedt boven patiënten die elders zijn verzekerd (later terugbellen, lager op de wachtlijst in laten stromen, et cetera).

Dergelijk subtiel en moeilijk te bewijzen gedrag kan leiden tot marktafsluiting (*foreclosure*) zonder dat ertegen kan worden opgetreden. Er is een prikkel voor sabotage omdat het ziekenhuis, wiens prijzen vooralsnog grotendeels gereguleerd zijn, marktmacht kan overdragen naar de verzekeraar, wiens premies vrij zijn. Zolang zijn tarieven gereguleerd zijn, kan de zorgaanbieder zijn marktmacht niet via hogere prijzen uitoefenen. Anderzijds verbiedt de eed van Hippocrates artsen mee te werken aan sabotage. De beroepsethiek werkt dus als tegenwicht tegen de prikkels voor sabotage. Voorwaarde is wel dat consumenten ervan overtuigd zijn dat de kwaliteit niet beïnvloed wordt door de keuze van verzekeraar (Bijlsma & Shestalova, 2009).

Merk op dat dergelijke 'sabotage' niet alleen samenhangt met het aangaan van verticale integratie, maar ook met marktkenmerken zoals informatieverschillen en verschillen in machtspositie tussen verschillende markspelers.

2.3.3 Keuzevrijheid

Behalve door (mogelijke) toetreding van nieuwe verzekeraars en zorgaanbieders is het voor het slagen van marktwerking in de zorg ook noodzakelijk dat consumenten keuzevrijheid hebben. Keuzevrijheid heeft ook veel aandacht gekregen in de politieke discussie over de wenselijkheid van een verbod op verticale integratie in de zorg. In dat kader wordt gesproken van een tweepetten probleem. In Box 2.2 wordt dit verder uitgewerkt.

Keuzevrijheid speelt op twee niveaus: keuze van de polis en keuze van de zorgaanbieder. Van belang is dat er na verticale integratie op beide niveaus genoeg overblijft om te kiezen. En daarmee geldt wat betreft de effecten van verticale integratie op keuzevrijheid hetzelfde als hierboven bij marktafsluiting is gezegd: er dient op beide horizontale niveaus voldoende concurrentie over te blijven na een verticale integratie.

Overigens vinden in de zorgsector op dit moment ook al allerlei vormen van sturing (en dus van beperking van de keuzevrijheid) plaats. Het risico van beperking van keuzevrijheid is daarmee niet een specifiek probleem van verticale integratie.

⁴⁷ Dit voorbeeld kan evengoed ook voor andere zorgaanbieders dan ziekenhuizen worden uitgewerkt.

Op dit moment is sprake van een stabiele mobiliteit op de zorgverzekeringsmarkt (zie paragraaf 1.2 voor de overstapcijfers). Jaarlijks stapt 3,5% van de verzekerden over. Deze “beperkte mobiliteit” hangt samen met de tevredenheid van de verzekerden met hun huidige polis en met het feit dat de zorgverzekering voor veel mensen een *low-involvement* product is geworden, aldus (Vektis, 2009).

De keuzevrijheid van de patiënt voor de zorgaanbieder heeft extra gewicht in het debat. De keuze voor de zorgaanbieder wordt bepaald door:

- De woonplaats: veelal kiest men een zorgaanbieder in de buurt;
- De huisarts: de huisarts is de belangrijkste schakel bij het verwijzen naar zorgaanbieders in de tweede lijn of naar andere zorgaanbieders in de eerste lijn;
- Informatie die men zelf via via, van internet of uit de media haalt;
- De zorgverzekeraar in het geval van gecontracteerde zorg.

De vrees bestaat dat verticale integratie invloed zal hebben op de rol die de zorgverzekeraar speelt bij het bepalen van de keuze van de zorgaanbieder. Dat zou dan kunnen middels een polis met selectief gecontracteerde zorg. Deze fungeert als een *preferred provider* arrangement, omdat in dat geval de verzekeraar een lagere premie mag vaststellen of het verplichte eigen risico kwijtschelden.⁴⁸ Dit is overigens een gewenst en bedoeld effect van de hervorming van het zorgstelsel (zie ook paragraaf 3.2.3, onder andere onder het kopje ‘Recht op vergoeding van niet-gecontracteerde zorg’). Er wordt echter vooralsnog zelden *selectief* gecontracteerd. Dit lijkt het gevolg van het feit dat patiënten sterker hechten aan hun huisarts dan aan hun verzekeraar.⁴⁹

Box 2.2 Het tweepetten probleem (belangenverstrengeling)

Een zorgverzekeraar die integreert met een zorgaanbieder wordt naast zorginkoper tevens zorgverkoper. Er zijn dan twee vragen: (1) Kan deze geïntegreerde onderneming zijn inkoopfunctie goed uitvoeren?, en (2) Kan deze geïntegreerde onderneming zijn zorgverleningsfunctie goed uitvoeren?

Ad 1.

Stel er komt een nieuwe zorgaanbieder op de markt die beter en goedkoper is dan ‘de eigen zorgaanbieder’ van de verzekeraar. Heeft de geïntegreerde onderneming dan nog genoeg prikkels om deze nieuwe aanbieder te contracteren? Als hij dat niet doet – en dus zijn verzekerden (met een naturapolis) dwingt naar de minder goede en duurere aanbieder te gaan – zal de verzekeraar klanten verliezen. In een goed functionerende markt stappen die immers over naar een andere verzekeraar die wel wenst te contracteren met de nieuwe speler. Als de dreiging van overstappende verzekerden groot genoeg is, zal de geïntegreerde onderneming ook de nieuwe aanbieder contracteren.⁵⁰

⁴⁸ Bij de aanvullende polis is tevens concurrentie op de mate van dekking van zorg mogelijk. Omdat de samenstelling van de basisverzekering een gegeven is (wat betreft de zorgvormen), is er beperkt concurrentie mogelijk op productdifferentiatie en heeft concurrentie op prijs de overhand.

⁴⁹ Zie in dit verband het bericht van CZ dat de verzekeraar voorlopig afziet van selectieve contracten. Op basis van eigen onderzoek geeft CZ aan dat: “de meerderheid van de verzekerden het idee van een financiële bonus bij de keuze voor een voorkeursziekenhuis voorlopig niet ziet zitten. Het introduceren van een financiële prikkel maakt verzekerden achterdochtig over de criteria waarop de voorkeur is gebaseerd. Aan de mening van de huisarts wordt meer invloed toegekend, evenals aan de ervaring van naasten.” (Vermeulen, 2009).

⁵⁰ In het Kamerdebat op 11 maart jl. verwoordde minister Klink dit als volgt: “Een rigide ‘eigen bedrijf eerst’-strategie is overigens geen logische keuze voor de betrokken zorgverzekeraar als daardoor zorgaanbieders die kwalitatief beter en/of efficiënter zijn dan het eigen bedrijf niet worden gecontracteerd. De dreiging dat verzekerden zullen overstappen naar een andere zorgverzekeraar zal eraan bijdragen dat niet alleen het eigen ziekenhuis zal worden gecontracteerd.”

Beantwoording van de vraag of het tweepetten probleem inderdaad reëel is, komt in essentie neer op de beoordeling of er als gevolg van verticale integratie uitsluiting zal plaatsvinden. Alleen indien er onvoldoende concurrentie is tussen verzekeraars (of als de markt te weinig transparant is), kan de zorgverleningsmarkt succesvol worden afgesloten door de geïntegreerde onderneming. Zonder contracten met een dominante verzekeraar kan een nieuw ziekenhuis zich niet als echte concurrent van bestaande zorgaanbieders ontwikkelen (een vorm van klantafscherming), waardoor uiteindelijk concurrentie in de zorgaanbodmarkt gefrustreerd zou kunnen worden. Voor de vraag of een verbod op verticale integratie wenselijk is, is vervolgens van belang of de concurrentie op de verzekeringsmarkt(en) doorgaans onvoldoende is, zodat het tweepetten probleem daadwerkelijk een probleem kan zijn. Dit is immers conditioneel voor rechtvaardiging van een wettelijk verbod. Er zijn geen aanwijzingen dat de (geografische) zorgverzekeringsmarkt(en) in de praktijk inderdaad doorgaans onvoldoende concurrerend zijn.

Ad 2.

Bij de vraag of de geïntegreerde onderneming zijn zorgverleningsfunctie nog goed kan uitvoeren, speelt met name de gedachte dat door de inmenging van de verzekeraar de nadruk op kostenbesparing komt te liggen in plaats van op medisch afwegingen. De vraag is of vooraf duidelijk is dat de balans tussen doelmatigheids- en medische overwegingen naar de kostenkant doorslaat. Het systeem heeft een aantal elementen dat een balans waarborgt: de minimum kwaliteitsnormen zoals gesteld door de Inspectie Gezondheidszorg en de beroepsethiek van zorgverleners voorkomen dat 'te weinig' zorg wordt verleend. Bovendien is er op dit moment een financiële prikkel voor veel zorgverleners om zo veel mogelijk behandelingen te verlenen. De herziening van het zorgstelsel is juist ook bedoeld om enig tegenwicht tegen die eenzijdige prikkel te geven. Een verticale integratie kan bijdragen aan het oplossen van deze verticale externaliteit (zie paragraaf 2.4.1).

Er zijn ook andere vormen van belangenverstremeling die in de discussies naar voren zijn gekomen, namelijk die tussen zorgverzekeraars en huisartsen (omdat huisartsen een belangrijke verwijfsfunctie naar tweedelijnszorg hebben) en tussen zorgverzekeraars die huisartsen in dienst hebben en apotheken (omdat de huisarts/verzekeraar als voorschrijver en de apotheker als verkoper tegengestelde belangen kunnen hebben).

Er kan ook sprake zijn van verticale integratie tussen zorgaanbieders. Ondanks het feit dat deze vormen van verticale integratie buiten de discussie over een mogelijk verbod vallen, is het belangrijk dat ook bij het toezicht op deze vorm goed wordt gelet op de bepalende positie van de huisarts als verwijzer.

2.4 Voordelen van verticale integratie

In het geval van verticale integratie tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder zijn, afhankelijk van de specifieke omstandigheden, verschillende voordelen mogelijk:

- Stroomlijning belangen zorgverzekeraar en zorgaanbieder;
- Het internaliseren van horizontale externaliteiten;
- Het verminderen van informatieproblemen in de keten;
- Pressiemiddel in onderhandelingen met zorgaanbieder;
- Lagere transactiekosten/betere coördinatie.

2.4.1 Stroomlijning belangen zorgverzekeraar en zorgaanbieder

Als gevolg van een integratie kunnen verticale externaliteiten worden geïnternaliseerd. Een voorbeeld daarvan is het tegengaan van margevervetting (geen dubbele opslag op de kosten). Indien twee bedrijven in opeenvolgende schakels van de productiekolom – op hun respectievelijke markten – marktmacht bezitten, zal zowel het upstream als het downstream bedrijf (de producent en de dis-

tributeur) zijn prijs boven de marginale productiekosten zetten.⁵¹ Dit leidt tot een hogere prijs en een groter welvaartverlies dan bij een integrale prijsafweging. Een verticale integratie (of afstemming) leidt tot een integrale afweging (enkelvoudige marginalisatie) en daarmee tot efficiëntiewinst (hogere consumentenwelvaart) en, uiteindelijk, tot betere betaalbaarheid van de zorg.⁵²

Niet-geïntegreerde zorgverzekeraars houden onvoldoende rekening met de belangen van zorgaanbieders, en omgekeerd houden zorgaanbieders onvoldoende rekening met de belangen van zorgverzekeraars. Door een verticale integratie worden de belangen van de zorgverzekeraar en zorgaanbieder meer gestroomlijnd. Anders gezegd: hoe goedkoper de zorg, hoe goedkoper de polis. Een ziekenhuis wil hoge prijzen voor zijn diensten, maar houdt daarbij geen rekening met het feit dat de kosten van een zorgverzekeraar daardoor toenemen en zijn competitieve positie op de zorgverzekeringsmarkt verzwakt. Een verticaal geïntegreerde onderneming houdt wel rekening met dit effect. Weer een ander voorbeeld: een zorgverzekeraar wint waarschijnlijk bij preventie (aangenomen dat de kosten van preventie lager zijn dan de bespaarde uitgaven), terwijl een zorgaanbieder – gegeven de huidige systematiek – juist veel handelingen wil verrichten. Een integrale afweging kan bijdragen aan de betaalbaarheid van de zorg.

Tot slot kan verticale integratie ook leiden tot kwaliteitsverbeteringen in de zorgkolom. De prikkels om kwaliteitsverbeteringen door te voeren zijn voor een verticaal geïntegreerd bedrijf mogelijk groter: hoe beter de zorg, hoe aantrekkelijker de polis. Overigens komt betere stroomlijning ook direct ten goede van de verzekerde of patiënt. Er speelt hier geen issue dat voordelen niet zouden worden doorgegeven.

2.4.2 Het internaliseren van horizontale externaliteiten

Als gevolg van een verticale integratie kan er een sterkere prikkel zijn om te investeren. Het risico op *free-riding* in de vorm van gratis meeliftende concurrerende verzekeraars is kleiner als de voordelen van investering in de verticale integratie kunnen worden toegeëigend door klanten van andere verzekeraars uit te sluiten, in plaats van weg te lekken naar derden. Dit geldt in het bijzonder voor investeringen in preventie en relatiespecifieke investeringen bij zorgaanbieders (opleiding en fysieke activa zoals capaciteit en apparatuur).⁵³ Het feit dat de baten van dergelijke investeringen zonder integratie minder goed toegeëigend kunnen worden, zou deze investeringen kunnen afremmen (dit wordt *hold-up* genoemd).

2.4.3 Het verminderen van informatieproblemen in de keten

De prikkel om informatie te delen is groter bij verticale integratie, omdat eenmaal gedeelde kennis niet terug kan worden genomen en de kennisgever vreest dat deze kennis bij concurrenten terecht

⁵¹ Uitgaande van lineaire prijszetting.

⁵² Voor deze en ander genoemde motieven geldt dat verticale fusie niet altijd noodzakelijk is om het doel te bereiken. Dubbele marginalisatie kan bijvoorbeeld ook met prijsplafonds bestreden worden, hetgeen aan te merken is als een verticale beperking zoals onderscheiden in bijlage B.

⁵³ Dit geldt alleen voor die investeringen die dermate specifiek zijn dat ze niet te gelde kunnen worden gemaakt in samenwerking met andere spelers (verzonken investeringen).

komt.⁵⁴ Het voordeel van het delen van kennis is het transparanter maken van kwaliteit. Hierdoor is de kans op *supplier induced demand*⁵⁵ minder en kan de onderhandelingspositie voor de zorgverzekeraar ten opzichte van andere ziekenhuizen verbeteren omdat hij betere informatie krijgt over ziekenhuiskosten.

2.4.4 Pressiemiddel in onderhandelingen met zorgaanbieder

Daarbij komt nog dat een zorgverzekeraar beter kan onderhandelen met zorgaanbieders als hij de optie heeft zelf een zorgaanbieder over te nemen of op te richten. Een verbod op verticale integratie tast aldus de – in ons stelsel cruciaal geachte – onderhandelingspositie van zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt aan.

2.4.5 Lagere transactiekosten/betere coördinatie

Door verticale integratie kunnen transactiekosten afnemen (dat wil zeggen de kosten om afspraken te kunnen maken) en is een betere coördinatie mogelijk wat betreft productontwerp, de organisatie van het productieproces en de wijze waarop de producten worden verkocht. Denk hierbij aan de integratie van functies, beter voorraadbeheer, betere planning en coördinatie (efficiëntere informatiestroom), betere overdracht/uitwisseling van patiëntendossiers, betere taakverdeling tussen de eerstelijnszorg en tweedelijnszorg en het delen van zorgfaciliteiten, apparatuur en personeel. Hierdoor wordt een ketengerichte benadering en *one-stop-shopping* beter mogelijk, hetgeen de zorgkwaliteit verhoogt. Dit voordeel is groter naarmate meer verschillende zorgaanbieders bij de integratie met de zorgverzekeraar zijn betrokken.

2.4.6 Voorbeelden van bovengenoemde potentiële efficiëntiewinsten

Te denken valt aan:^{56&57}

- a. het gemakkelijker realiseren van geneesmiddelenpreferentiebeleid door het houden van een eigen apotheek,⁵⁸

⁵⁴ Informatie-uitwisseling kan ook mededingingsbeperkend zijn. De gefuseerde onderneming kan door verticale integratie toegang verkrijgen tot commercieel gevoelige informatie over de upstream of downstream activiteiten van concurrenten. Een onderneming kan bijvoorbeeld, doordat leverancier van een benedenwaartse concurrent wordt, kritische informatie verkrijgen, waardoor zij in staat is op de benedenwaartse markt een minder agressief prijsbeleid te voeren, hetgeen ten koste gaat van de gebruikers (Richtsnoeren niet-horizontale integratie, rn. 78).

⁵⁵ *Supplier induced demand* wil zeggen dat de zorgaanbieder gedeeltelijk de vraag naar zorg bepaalt. Als een verticale fusie leidt tot verbeterde informatie in de keten, is de kans minder groot dat zorgvraag wordt gecreëerd omdat de zorgverlener dat adviseert of voorschrijft.

⁵⁶ Een ander efficiëntieargument is dat het voor een verzekeraar die zijn positie wil verstevigen in een regio waar een andere zorgverzekeraar een belangrijke rol speelt door verticale integratie met een belangrijke regionale zorgaanbieder, eenvoudiger om toe te treden in die regio (toetreding tot nieuwe geografische markten). Ook kan verticale integratie toetreding tot een productmarkt vereenvoudigen. Een zorgverzekeraar die in concurrentie met een grote regionale speler zijn positie wil verstevigen in een bepaald zorggebied, kan door overname van een zorgcentrum (bijvoorbeeld een groot gezondheidscentrum met diëtisten, fysiotherapie, en dergelijke) zijn positie verstevigen voor bepaalde groepen consumenten (bijvoorbeeld degenen die een gezondere levensstijl wensen). Uit gesprekken is gebleken dat dit argument in praktijk weinig opgeld doet, omdat in deze gevallen veelal voor verticale afspraken zal worden gekozen boven integratie.

⁵⁷ We beperken ons hier tot enkele statische efficiëntie-effecten; mogelijk zijn er ook dynamische.

⁵⁸ Sinds juli 2005 zijn verzekeraars gestart met het zogenoemde geneesmiddelenpreferentiebeleid. Dat betekent dat verzekeraars de mogelijkheid hebben om van groepen geneesmiddelen met dezelfde werkzame stof, preferente leveranciers aan te wijzen die alleen worden vergoed. Overigens is het evenzeer mogelijk om zonder een eigen apotheek het preferentiebeleid te realiseren. Momenteel voert een aantal zorgverzekeraars gezamenlijk en individueel preferentiebeleid ten aanzien van bepaalde werkzame stoffen, en deze verzekeraars hebben over het algemeen geen eigen apotheken.

- b. de kans op negatieve gecoördineerde effecten⁵⁹ in een markt kan door verticale integratie worden beperkt indien de verticale integratie de symmetrie in de markt doorbreekt en nieuwe vormen van aanbod ontstaan (omgekeerd kan een fusie het risico op collusie verhogen als de fusie symmetrie verhoogt);
- c. het omgaan met imperfecties op de kapitaalmarkt: een ziekenhuis dat is gefuseerd met een zorgverzekeraar kan mogelijk eenvoudiger toegang krijgen tot de kapitaalmarkt;⁶⁰
- d. het instand blijven van zorgaanbod in een bepaalde regio als gevolg van de verticale integratie;⁶¹
- e. stimulering van innovatie als gevolg van betere coördinatie en informatie-uitwisseling in de kolom.⁶²

2.4.7 Tot slot

Sommige van de in deze paragraaf genoemde voordelen kunnen ook met minder vergaande vormen van samenwerking dan verticale integratie worden bereikt. Zo zou preventie – deels – ook met andere middelen kunnen worden gerealiseerd, bijvoorbeeld programmatische zorg voor chronisch zieken.

Anderzijds kan verticale integratie voordelen hebben boven verticale afspraken. Een belangrijk, nog niet genoemd, voordeel van verticale integratie boven verticale afspraken is gelegen in de ‘incomplete contract’ theorie. In het geval van onvoorziene omstandigheden kan in geval van verticale integratie de eigenaar met zeggenschap beslissen wat er moet gebeuren, terwijl dat in het geval van een verticaal contract niet duidelijk is (Tirole, 1999). Bovendien kan zeggenschap – in bepaalde gevallen – noodzakelijk zijn om bijvoorbeeld bepaalde nieuwe diensten in te voeren waarbij samenwerking van andere partijen een voorwaarde is. Als deze samenwerking niet via verticale contracten is te bewerkstelligen dan kan verticale overname het enige alternatief zijn.

In de discussie over een mogelijk verbod wordt aangegeven dat sommige voordelen van verticale integratie ook met minder vergaande samenwerkingsverbanden te realiseren zijn en dat sommige nadelen met minder vergaande samenwerkingsverbanden te voorkomen zijn. Dat is echter geen voldoende argument voor een verbod op verticale integratie.

⁵⁹ Negatieve gecoördineerde effecten doen zich voor wanneer de fusie de aard van de mededinging zodanig verandert dat ondernemingen die voorheen hun gedragingen niet coördineerden, nu in significante mate sterker geneigd zijn hun marktgedrag te coördineren en de prijzen te verhogen of de daadwerkelijke mededinging op andere wijze te belemmeren.

⁶⁰ Een motief voor een noodlijdend ziekenhuizen om verticaal te integreren met een verzekeraar kan zijn om op die wijze eenvoudig aan financiële middelen te komen. Nadeel van deze interne financiering is echter dat de tucht van de kapitaalmarkt wordt uitgeschakeld waardoor besturen van ziekenhuizen mogelijk te gemakkelijk geld uitgeven.

⁶¹ Dit is iets anders dan de ‘reddingsfusie’ in het kader van een *failing firm defence*. Een *failing firm defence* heeft alleen kans van slagen indien aantoonbaar is dat een zorginstelling zonder fusie op korte termijn van de markt zou verdwijnen, er geen minder anticompetitief overnamealternatief bestaat en dat zonder fusie de activa van de zorgaanbieder zouden verdwijnen (verzonken kosten).

We hebben dit argument niet opgenomen in het rijtje efficiëntieargumenten, omdat het een juridisch argument betreft op grond waarvan kan worden verdedigd dat een fusie niet de veroorzaker is van een mededingingsbeperking (de reddingsfusie in technische zin is geen efficiëntie argument, maar een ‘geen causaal verband argument’).

⁶² (Everaers, 2008)

2.5 Conclusie

Het is ongewenst dat verticale integratie ten koste gaat van de betaalbaarheid, kwaliteit, bereikbaarheid en dynamiek in de zorg en van keuzevrijheid voor patiënt en premiebetaler. De argumenten voor een verbod zijn ingegeven door de vrees dat verticale integratie de concurrentie op horizontaal niveau beperkt doordat de geïntegreerde ondernemingen andere zorgverzekeraars en/of zorgaanbieders buitensluiten. Een belangrijke motor achter marktwerking, namelijk (potentiële) toetreding van zorgverzekeraars of zorgaanbieders, valt daarmee stil. Voorts bestaat de vrees dat door verticale integratie de keuzevrijheid wordt beperkt waardoor ook de tweede motor achter de marktwerking stilvalt. De vraag is echter of dit vaak het geval zal zijn als verticaal geïntegreerd wordt. Zijn de nadelen van verticale integratie dermate generiek en dermate groot dat deze doorgaans de voordelen zullen overtreffen? Schaadt verticale integratie doorgaans de publieke belangen?

Deze risico's zijn alleen reëel indien de concurrentie op de relevante markten reeds beperkt is. Bij voldoende concurrentie heeft verticale integratie doorgaans voordelen⁶³, die ook aan eindgebruikers worden doorgegeven (ook bij onvoldoende concurrentie zullen er op beperkte schaal voordelen optreden – bijvoorbeeld voor aandeelhouders – maar zijn de negatieve welvaartseffecten groter). De discussie over verticale integratie is derhalve direct gelinkt aan de mate van concurrentie tussen zorgaanbieders en tussen zorgverzekeraars. De commissie is niet gevraagd een uitspraak te doen over de mate van horizontale concurrentie in de zorg, maar constateert dat daarover zorgen bestaan.

Indien er onvoldoende horizontale concurrentie is (of kan ontstaan), is de vervolgvraag: worden door verticale integratie publieke belangen doorgaans geschaad? Dus: zijn de nadelen voor de consument die gepaard gaan met verticale integratie tussen een verzekeraar en een zorgaanbieder doorgaans groter dan de voordelen? Of: zijn de voordelen als gevolg van integratie wel groter maar worden die – wegens een gebrek aan horizontale concurrentie – niet doorgegeven aan de consument? Er zijn nu twee mogelijkheden:

1. Indien er *doorgaans* sprake is van aantasting van de publieke belangen betaalbaarheid, kwaliteit en bereikbaarheid (er zijn doorgaans netto nadelen), dan is een verbod efficiënt (dit los van de vraag of een verbod juridisch mogelijk is en zodanig kan worden vormgegeven dat dit effectief is).
2. Indien niet vast staat dat er doorgaans sprake is van netto nadelen, zal per geval beoordeeld moeten worden of de voordelen worden overschaduwd door nadelen. De vraag die dan speelt is of het huidige toezichtkader adequaat is om die afweging te maken en of het toezichtkader ook adequaat wordt toegepast. Deze vraag komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

⁶³ Dit afgezien van de kosten die met het uitvoeren van de fusie gepaard gaan alsook met het overbruggen van cultuurverschillen tussen verzekeraars en zorgaanbieders.

Op basis van de in dit hoofdstuk beschreven voor- en nadelen concluderen we dat de nadelen zich niet per definitie voordoen en dat, indien deze er wel zijn, er eveneens voordelen kunnen optreden. Met andere woorden: het staat niet op voorhand vast dat verticale integratie zal leiden tot aantasting van de publieke belangen betaalbaarheid, kwaliteit en bereikbaarheid.

Een soortgelijke conclusie wordt getrokken in een economische studie naar de voor- en nadelen van verticale integratie in de zorg door het CPB: “Vertical relations between health insurers and providers of healthcare services (hospitals or GPs) can have both positive and negative welfare effects, and are not necessarily anticompetitive.” (CPB, 2008, p. 61).⁶⁴ (Hermans, 2009) komt op basis van een juridisch perspectief tot eenzelfde conclusie. “Of een zorgaanbieder voor verzekerden van andere zorgverzekeraars onbereikbaar wordt, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Zo maakt het uit of geïntegreerd wordt met het enige ziekenhuis in een bepaalde regio of met een gespecialiseerd en/of groot ziekenhuis of dat wordt geïntegreerd met een ziekenhuis in een regio met veel concurrerende zorgaanbieders.”

⁶⁴ In het ESB-artikel dat de auteurs van het CPB rapport in 2009 publiceerden wordt een enigszins andere conclusie getrokken: “De potentiële voordelen van fusies tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars in Nederland zijn waarschijnlijk beperkt, terwijl de potentiële nadelen groot kunnen zijn. [...] Toezichthouders moeten verticale fusies tussen zorgverzekeraars en ziekenhuizen daarom zeer kritisch beoordelen. In geval van een fusie van kleine zelfstandige behandelcentra is het risico van concurrentie-inperking veel kleiner.” (Bijlsma & Shestalova, 2009, p. 187).

3 Toezicht op verticale integratie in de zorgsector

Er zijn – naast de minister van VWS – in hoofdzaak vijf instanties betrokken bij het toezicht op integratie in de gezondheidszorg: de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), De Nederlandsche Bank (DNB), de Europese Commissie en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ).⁶⁵ In bijlage D staan de relevante taken van deze toezichthouders opgesomd. Dit hoofdstuk vangt aan met een beknopt overzicht van het type toezicht dat op zorgintegratie van toepassing is, onderverdeeld in algemeen en sectorspecifiek toezicht, om vervolgens een inschatting te maken van de duidelijkheid, compleetheid en doeltreffendheid van het toezichtkader en de uitvoering daarvan. Onderdeel hiervan is de eventuele overlap en omissies van toezichtstaken.

Het fusietoezicht in de zorg is reeds in verschillende publicaties beschreven. Voor uitgebreidere documentatie over het hieronder behandelde toezichtkader volstaat daarom een verwijzing naar bestaande literatuur. Zie bijvoorbeeld (Gronden & Stergiou, 2008) voor een complete beschrijving van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht en de rol van de Europese Commissie, de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit.

3.1 Algemeen toezicht

3.1.1 Concentratietoezicht

Voor de beoordeling van niet-horizontale fusies door de Europese Commissie bestaan sinds 2008 beleidsrichtsnoeren (Europese Commissie, 2008). Naar verwachting zullen deze richtsnoeren middels een beleidsregel – zoals dat ook voor horizontale fusies is gedaan (beleidsregel van 4 september 2007) – door de NMa worden overgenomen. De Europese Commissie acht significante mededingingsbeperking onwaarschijnlijker bij verticale fusies dan bij horizontale. In het verlengde daarvan is het onwaarschijnlijk dat de Europese Commissie – of de NMa die deze richtsnoeren volgt – bezwaren zal hebben tegen niet-horizontale fusies, van gecoördineerde of niet-gecoördineerde aard, tenzij het marktaandeel van de nieuwe entiteit na de fusie op elk van de betrokken markten groter is dan 30% en de HHI (Herfindahl-Hirschman Index) na de fusie meer dan 2.000 bedraagt.

Deze richtsnoeren gelden ook voor de toepassing van het Nederlandse concentratietoezicht. Wanneer twee of meerdere ondernemingen voornemens zijn samen te gaan, is het concentratietoezicht van kracht. *Concentraties* worden in artikel 27 Mw omschreven als:

- het fuseren van twee of meer voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen;
- het (in)direct verkrijgen van zeggenschap⁶⁶ door een (rechts)persoon die reeds zeggenschap heeft over ten minste één onderneming, of door een onderneming over (delen van) andere ondernemingen door middel van participatie in het kapitaal of vermogensbestanddelen; of

⁶⁵ Naast deze publiekrechtelijke vormen van toezicht is er ook een wettelijk verankerd privaatrechtelijk toezicht in de vorm van advies- en beroepsrecht van ondernemingsraden (art. 25 en 26 WOR) en adviesrecht van cliëntenraden.

⁶⁶ Artikel 26 Mw definieert *zeggenschap* als de mogelijkheid om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming.

- de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

Bij een voorgenomen concentratie wordt getoetst of deze de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan significant zou belemmeren, met name als het resultaat van het ontstaan of versterken van een economische machtspositie (EMP) (artikel 37 jo. 41 Mw).⁶⁷ Een *economische machtspositie* is daarbij gedefinieerd als het (kunnen) verhinderen van daadwerkelijke mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt door zich onafhankelijk te kunnen gedragen van concurrenten, leveranciers, afnemers en eindgebruikers (art. 1 sub i Mw). De concentratietoets vindt ex ante plaats. De NMa onderzoekt bij verticale concentraties steeds of partijen een mogelijkheid én een prikkel hebben om zich anticompetitief te gedragen en dat dit significant effect zal hebben op de concurrentie. Dit zijn cumulatieve voorwaarden; het is dus niet genoeg om de mogelijkheid te hebben, er moet ook een prikkel zijn om van die mogelijkheid gebruik te maken en vervolgens moet dat ook een concurrentiebeperkend effect hebben.⁶⁸

Op basis van artikel 9, lid 1 van het Samenwerkingsprotocol tussen Mededingingsautoriteit en Zorgautoriteit verzoekt de NMa de NZa in geval van bij de NMa gemelde concentraties in de zorgsector een zienswijze af te geven. De NZa heeft dus een adviserende rol bij het concentratietoezicht. Indien de NMa afwijkt van de zienswijze van de NZa, zal zij dit conform de 'Richtsnoeren voor de zorgsector' in haar besluit motiveren.

Alleen concentraties tussen ondernemingen die gezamenlijk jaarlijks in totaal meer dan 113,45 miljoen euro wereldwijd omzetten en waarbij minstens twee van hen binnen Nederland ieder een jaaromzet van minimaal 30 miljoen euro behalen, vallen onder het concentratietoezicht van de NMa. Met ingang van 1 januari 2008 zijn de omzeldrempels voor concentratietoezicht in de zorgsector door de minister van Economische Zaken verlaagd. Instellingen dienen concentraties te melden bij een gezamenlijke omzet van 55 miljoen euro en bij een individuele jaaromzet van 10 miljoen euro (waarvan 5,5 miljoen euro uit zorgactiviteiten). Deze drempelwijziging is door de minister onder politieke druk vanuit de Tweede Kamer doorgevoerd. Dit besluit heeft echter nauwelijks invloed op de fusies tussen ziekenhuizen, aangezien ziekenhuizen in veruit de meeste gevallen boven die omzeldrempel vallen. Deze verlaging van de meldingsdrempel heeft echter wel consequenties voor concentraties tussen andere zorgaanbieders, zoals GGZ-instellingen, gehandicaptenzorg, thuiszorginstellingen en verpleeghuizen. De zorgverzekeraars vallen allemaal boven de genoemde omzeldrempel.

3.1.2 Misbruik economische machtspositie

Naast het preventieve concentratietoezicht, waar een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging centraal staat, toetst de NMa ex post tevens of bedrijven een economische machtspo-

⁶⁷ Marktmacht bij zorgaanbieders is niet louter het gevolg van horizontale fusies, echter, zorginstellingen hebben vanwege de beperkte reisbereidheid of -mogelijkheid (spoed) een regionale of zelfs *lokale* sterke positie.

⁶⁸ Zie (Europese Commissie, Mededeling van de Commissie houdende richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, 2001), rn. 29.

sitie *misbruiken* (art. 24 Mw en art. 82 EG-Verdrag).⁶⁹ Er is sprake van een economische machtspositie indien een of meer ondernemingen een positie hebben die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen (art. 1 sub i Mw).

3.1.3 Karteltoezicht

Krachtens artikel 6 van de Mededingingswet en artikel 81 van het EG-Verdrag zijn overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen verboden indien ze ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Deze zogeheten *karteltoets* geschiedt, net als het toezicht op misbruik van een EMP, ex post. Sinds de modernisering van het mededingingsrecht in 2004 hanteert de NMa (net als de Europese Commissie) het uitgangspunt van *self-assessment* ten aanzien van de toelaatbaarheid van samenwerkingsverbanden onder het kartelverbod. Dit betekent dat ondernemingen nu zelf moeten nagaan of de uitzondering op het kartelverbod voor – kort gezegd – efficiënte samenwerking op hen van toepassing is of niet, terwijl vóór 2004 deze toets exclusief aan de mededingingsautoriteiten was voorbehouden.

3.1.4 Prudentieel toezicht

Een zorgverzekeraar dient te beschikken over een door De Nederlandsche Bank (DNB) afgegeven vergunning en moet daartoe aan enkele voorwaarden voldoen die zijn gespecificeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft) (en daarachter Europese richtlijnen). DNB is verantwoordelijk voor het *prudentieel toezicht* op zorgverzekeraars: de financiële soliditeit van zorgverzekeraars, zodat zij nu en in de toekomst kunnen voldoen aan hun verplichtingen aan verzekerden en andere crediteuren (art. 1:24, lid 2 Wft).

Een verzekeraar die zelf zorg ‘produceert’, heeft twee opties: uitsluitend leveren aan eigen verzekerden of leveren aan eigen verzekerden én aan derden. Op grond van artikel 8 van de Eerste Schaderichtlijn (73/239/EEG) is in de Wet financieel toezicht een verbod op nevenactiviteiten door verzekeraars opgenomen (art. 3:36 Wft). Omdat nevenactiviteiten – waaronder het zelf leveren van zorg – de financiële soliditeit van schadeverzekeraars negatief kunnen beïnvloeden, is het verrichten van nevenwerkzaamheden de schadeverzekeraars in principe verboden. Aangezien natuurschadeverzekeraars een prestatie in natura in plaats van in geld verzekeren (zorg, verzorgen van uitvaarten), mogen natuerverzekeraars de desbetreffende prestatie echter wél leveren aan hun eigen verzekerden. Het gaat dan immers om het uitvoeren van de verzekering (de hoofdactiviteit) en niet van een nevenactiviteit.

Dit behelst dat een Nederlandse verzekeraar geen ander bedrijf dan het bedrijf waarvoor de vergunning is verleend uit mag oefenen. Bij levering aan derden moet de zorgproducerende onderneming

⁶⁹ Het tweede lid van art. 24 Mw specificeert dat het tot stand brengen van een concentratie (art. 27 Mw) als zodanig niet wordt aangemerkt als misbruik van een economische machtspositie. Beide typen van toezicht zijn gerelateerd maar verschillend.

derhalve juridisch worden afgezonderd (beleidsregel toegestane activiteiten in het kader van de Zorgverzekeringswet).⁷⁰

Dit betekent dat een zorgverzekeraar na een verticale integratie (met name na een verticale fusie: het ontstaan van een gezamenlijke juridische entiteit) met een zorgaanbieder geen zorg aan niet-verzekerden mag verlenen. In dit verbod van het prudentieel DNB toezicht zit dus een tegenstelling met het mededingings- en markttoezicht van de NMa en NZa dat juist gericht is op het tegengaan van marktafsluiting. In praktijk zal deze tegenstelling waarschijnlijk weinig problemen opleveren, omdat het niet waarschijnlijk is dat verzekeraars de zorg- en verzekeringsactiviteiten in dezelfde entiteit zullen onderbrengen (en het verbod op nevenactiviteiten alleen betrekking heeft op het binnen het verzekeringsbedrijf uitvoeren van deze nevenactiviteiten).

3.2 Zorgsectorspecifiek toezicht en zorgspecifieke regelgeving

3.2.1 Marktmacht

Indien een zorgaanbieder of zorgverzekeraar de concurrentie op (een deel van) de Nederlandse markt kan obstrueren, wordt gesproken van *aanmerkelijke marktmacht* (AMM). Artikel 47 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) omschrijft dit als de mogelijkheid om zich “in belangrijke mate” onafhankelijk te kunnen gedragen van concurrenten, ziektekostenverzekeraars (als het een zorgaanbieder betreft), zorgaanbieders (als het een zorgverzekeraar betreft) of consumenten. Deze definitie is gelijk aan de definitie van een economische machtspositie in de Mededingingswet. Als de NZa van mening is dat er sprake is van AMM, kan ze de zorgaanbieder(s) en/of ziektekostenverzekeraar(s) krachtens artikel 48 Wmg diverse verplichtingen opleggen, zoals ontbundeling van een te bepalen dienst, geen onredelijk hoge capaciteit in te kopen van een zorgaanbieder en een openbaar aanbod tot medegebruik van bepaalde categorieën zorg, diensten of faciliteiten. De (elf) genoemde opties in artikel 48 Wmg kunnen bovendien aangevuld worden met andere, bij ministeriële regeling aangewezen verplichtingen.

Deze bevoegdheid geeft de NZa de mogelijkheid om op te treden tegen mogelijke nadelige gevolgen van een hoge concentratiegraad in een bepaalde markt waar zorgaanbieders (of zorgverzekeraars) opereren. Gelijk het concentratietoezicht betreft dit ex ante toezicht.

Het AMM-instrument is tot dusver, voor zover bekend, nog niet ingezet door de NZa. Dit heeft er volgens de NZa primair mee te maken dat het een verstrekkend instrument is. Bepalingen als het opleggen van individuele prijsregeling worden gezien als ultimum remedium. Daarnaast geeft de NZa aan ervoor te hebben gekozen bepaalde problemen sectorbreed op te lossen met regulering⁷¹ in plaats van individuele AMM acties⁷². Voorts blijken marktmachtproblemen in de praktijk vaak vooral

⁷⁰ Deelnemingen in (buiten de rechtspersoon van de verzekeraar opererende) zorgaanbieders die de zorgverzekeraar wenst te financieren uit de activa die tot dekking van de technische voorzieningen dienen te worden aangehouden, kunnen vanuit solvabiliteitsoptiek door DNB beperkt worden.

⁷¹ Dat kan in het kader van art. 45 Wmg.

⁷² Zie bijvoorbeeld recente adviezen als het winstexperiment, liberalisering van de vrije beroepen en functionele bekostiging.

samen te hangen met regulering – het ligt dan niet voor de hand om het AMM-instrument toe te passen.

Bovendien speelt de rolverdeling tussen NMa en NZa hier een rol. Bij de uitoefening van haar bevoegdheden betreffende AMM dient de NZa zich te richten naar de uitleg van begrippen die de NMa hanteert bij de toepassing van het mededingingsrecht.⁷³ Indien de NMa, bijvoorbeeld in het kader van het concentratietoezicht, constateert dat er geen sprake is van een economische machtspositie, kan de NZa moeilijk concluderen dat er op diezelfde product- en geografische markt een AMM bestaat. Echter, indien de NMa heeft geconcludeerd dat een bestaande machtspositie door de fusie niet significant wordt versterkt, kan de NZa nog steeds haar instrumentarium inzetten op de reeds bestaande machtspositie. Bovendien kan het AMM-instrument ook los van het concentratietoezicht – dus in het kader van algemeen markttoezicht – worden toegepast. Immers, een AMM kan ook zonder concentratie ontstaan omdat de markt organisch verandert.

Ten aanzien van het optreden tegen bestaande machtsposities is artikel 18 van de Wmg relevant. Hierin wordt bepaald dat bij samenloop in beginsel de NZa aan zet is (op basis van haar bevoegdheden ten aanzien van aanmerkelijke marktmacht, AMM) tenzij op grond van doelmatigheid het voortouw beter bij de NMa of de NMa en NZa gezamenlijk kan worden gelegd. Een kenmerkend verschil tussen misbruik van economische machtspositie – waar de NMa bevoegd is – en AMM, is dat in het eerste geval ook feitelijk misbruik moet worden aangetoond, en in het geval van AMM alleen het bestaan van een machtspositie. In beide gevallen is het noodzakelijk om de relevante markt af te bakenen en de mogelijkheid van onafhankelijk gedrag aan te tonen. Een hieraan gerelateerd verschil is dat misbruik van economische machtspositie uitsluitend achteraf (ex post) zal worden geadresseerd, terwijl AMM ook ex ante, dus voordat sprake is van misbruik, kan worden geadresseerd.

3.2.2 Marktonderzoek

De Wmg geeft de NZa tevens handvatten om marktonderzoek te verrichten naar de concurrentieverhoudingen en het marktgedrag in de zorgsector (art. 32 en 33 Wmg). Op basis van de uitkomsten van dit onderzoek kan de NZa weer andere bevoegdheden inzetten. Onderdeel van het marktonderzoek zijn fusies. De NZa heeft reeds aangegeven dat ze de gevolgen van horizontale concentraties voor prijzen, efficiëntie en marktmacht een plaats wil geven in de monitoring van de marktwerking in de zorg en dat het monitoren van de ontwikkelingen in de ziekenhuiszorg mede bedoeld is ter ondersteuning van het concentratietoezicht van de NMa (Gronden & Stergiou, 2008, p. 178). In de Monitor Zorgverzekeringswet wordt overigens al aandacht besteed aan verticale integratie.

3.2.3 Naleving Zorgverzekeringswet

Acceptatieplicht

Tegenover de zorgverzekeringsplicht van vrijwel iedere Nederlandse ingezetene (art. 2 Zvw) staat een acceptatieplicht van de zorgverzekeraar voor de basisverzekering ten opzichte van iedere verzekeringsplichtige die in zijn werkgebied woont (art. 3 Zvw). Dit werkgebied is in principe heel Neder-

⁷³ Dit gebeurt op basis van artikel 18.4 Wmg: De zorgautoriteit richt zich naar de uitleg van begrippen die de mededingingsautoriteit hanteert in het kader van de toepassing van het mededingingsrecht.

land, maar als de verzekeraar minder dan 850.000 verzekerden heeft, mag hij zijn werkgebied beperken tot één of meer provincies (art. 29 Zvw).

De zorgverzekering gaat in op de dag waarop de zorgverzekeraar het verzoek van de verzekeringnemer ontvangt. Indien de verzekerde al verzekerd is, kan de verzekeringnemer aangeven op een latere dag de zorgverzekering te laten ingaan. Met andere woorden, een verzekeringnemer kan midden in het jaar een nieuwe verzekering afsluiten voor een verzekerde (art. 5 Zvw). Er bestaan situaties dat mensen dubbel verzekerd zijn. Minister Klink heeft aangegeven te bezien of de acceptatieplicht voor een zorgverzekering kan worden beperkt tot één per verzekeringsplichtige. De verzekeringnemer kan de zorgverzekering in ieder geval per uiterlijk 31 december van ieder jaar met ingang van 1 januari van het volgende kalenderjaar opzeggen (art. 7 Zvw).

Zorgplicht

Zorgverzekeraars hebben een zorgplicht (art. 11 Zvw). De zorgverzekeraars kunnen deze invullen door:

- a) de zorg, of de overige diensten waaraan de verzekerde behoefte heeft, (zelf) aan te bieden; en/of
- b) de kosten van de zorg te vergoeden (art. 11, lid 1 Zvw).

Mogelijkheid a) wordt in het spraakgebruik de ‘natura’-variant genoemd, zorg verleend door zorgverlener in dienst van of op basis van een overeenkomst met de zorgverzekeraar⁷⁴, mogelijkheid b) ‘restitutie’.⁷⁵ De verzekeraar heeft de mogelijkheid enkel optie a) aan te bieden, enkel optie b), of een combinatie van beide (art. 11, lid 2 Zvw). De te verzekeren prestaties zijn nader geregeld in het ‘Besluit Zorgverzekering’.⁷⁶

Ingeval de zorgverzekeraar kiest voor optie a), dan kan deze vervolgens (i) de zorg zelf aanbieden door middel van een ‘eigen instelling’, of (ii) de zorg bij een derde contracteren en de kosten rechtstreeks aan deze instelling vergoeden. Ingeval de zorgverzekeraar kiest voor optie b), dan kan deze nog steeds zorgaanbieders contracteren. In de overeenkomst kan de zorgverzekeraar afspraken vastleggen omtrent de prijs en omvang van de te leveren zorg. De verzekerde heeft in het geval er selectief gecontracteerd is een beperkte keuze en dient de kosten van de zorg in eerste instantie zelf te betalen, waarna hij een recht heeft op restitutie van de kosten.

De zorgplicht bij een naturaverzekeraar strekt ertoe dat hij zijn verzekerden binnen redelijke tijd en afstand de zorg verstrekt die zij nodig hebben. Indien zich een situatie met onvoldoende zorgaanbod of van zorgaanbod met onvoldoende kwaliteit voordoet, betekent dit dat op de zorgverzekeraar een verplichting rust om de (eigen) verzekerden op een andere wijze van de vereiste zorg te voorzien. Daaraan kan de zorgverzekeraar uitvoering geven door andere zorgaanbieders te contracteren of bijvoorbeeld een goede vervoersdienst te regelen, maar ook door een financiële of bestuurlijke

⁷⁴ De naturaverzekeraar is steeds leverancier van de zorg waarin hij zelf voorziet. Bij naturaverzekeringen krijgt de verzekeraar met het contracteren van zorg ook zeggenschap in de zorg zelf (Most, 2007).

⁷⁵ Restitutie betreft vergoeding van een door de verzekeraar met de zorgaanbieder overeengekomen prijs of van door de verzekerde met de zorgaanbieder overeengekomen prijs.

⁷⁶ Zie Besluit Zorgverzekering (28 juni 2005), in het bijzonder paragraaf 1 van hoofdstuk 2.

deelneming in een zorginstelling te nemen of een eigen zorgaanbieder op te richten (al dan niet binnen zijn eigen rechtspersoon).⁷⁷

Recht op vergoeding van niet-gecontracteerde zorg

Veel van de politieke ongerustheid rondom verticale integratie van zorgverzekeraars met zorgaanbieders (en breder: rondom selectieve zorginkoop) heeft te maken met de vrees dat patiënten met een polis met selectief gecontacteerde zorg niet naar een door hen gewenste zorgaanbieder kunnen en achteraf gezien liever een andere polis hadden gekozen (een polis zonder contractering of met volledige contractering). Die vrees is goeddeels ongegrond mits een verzekerde met een polis met selectief gecontacteerde zorg een 'redelijke minimum vergoeding' ontvangt hij geen gebruik wenst te maken van de aangeboden zorg, maar voor een andere, niet-gecontracteerde aanbieder kiest. Deze verzekerde heeft op grond van art. 13 Zvw recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de kosten. Deze regeling is in de wet gekomen ter vergroting van de keuzevrijheid van de patiënt.⁷⁸

De vergoeding is meestal niet volledig. De verzekerde veroorzaakt voor zijn zorgverzekeraar immers extra kosten aangezien die, bij het in dienst nemen of contracteren van zorgaanbieders, ervan uitgaat dat al zijn naturaverzekerden voor de desbetreffende vormen van zorg *verstrekking* in plaats van *vergoeding* wensen. Hierop wordt de omvang van de contracten afgestemd.⁷⁹

Welk percentage de verzekeraar dient te vergoeden, is niet wettelijk vastgelegd. Uit cijfers van de NZa blijkt dat ongeveer een derde van de verzekerden 100% van de in regulering vastgestelde tarieven ontvangt, circa 28% ontvangt 90% van de tarieven en 39% ontvangt 80% van de tarieven. De NZa concludeert dat het aantal verzekerden dat niet langer 100% van de kosten vergoed krijgt in 2008 sterk is toegenomen ten opzichte van het voorgaande jaar, namelijk met 20% (NZa, Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2008: Ontwikkelingen beoordeeld door de NZa, 2008, p. 39). Het is belangrijk dat consumenten die kiezen voor een polis met selectief gecontacteerde zorg weten dat zij veelal minder dan 100% vergoeding krijgen indien ze voor een niet-gecontracteerde aanbieder kiezen. Het is eveneens belangrijk dat toezicht bestaat op deze huidige open norm in artikel 13 Zvw. Er dient in onze ogen sprake te zijn van een 'redelijke minimum vergoeding', zonder dat de hoogte ervan vast hoeft te worden gelegd (kan per geval bepaald worden).

3.2.4 Kwaliteitstoezicht zorginstellingen

Zorgaanbieders zijn bij wet verplicht 'verantwoorde zorg' aan te bieden, dat wil zeggen, zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt (art. 2 KWZ). De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) ziet hierop toe (art. 8, lid 1 KWZ). Bij fusiezaken wordt de NMa waar relevant voor de kwaliteitsinhoudelijke aspecten bijgestaan door de IGZ. Ter illustratie: bij de fusie van de 'Zeeuwse zie-

⁷⁷ TK 2004-2005, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1469, p. 3128.

⁷⁸ Hier ligt een nuanceverschil met bijvoorbeeld rechtsbijstandverzekeringen: de verzekerde heeft, ongeacht het soort polis (uitgebreide dekking of juist niet), vrijheid van advocaatkeuze (art. 4:67 Wft en art. 60 Wtv 1993) mits er sprake is van een gerechtelijke of administratieve procedure (ook als de procedure bij de kantonrechter dient). In veel gevallen is dat echter niet aan de orde (een schikking of andere manier van afhandelen zonder dat naar de rechtbank hoeft te worden gegaan). Verzekeraars verschillen niet van advocaten in hun streven om zaken – voor zo ver mogelijk – in der minne te beheren.

⁷⁹ Bron: 'Memorie van toelichting Zorgverzekeringswet (Zvw)'.

kenhuizen' heeft de NMa de zienswijze van de IGZ "zwaar laten meewegen". Dat advies luidde dat de bevolkingsomvang in Midden-Zeeland onvoldoende basis bood om volwaardige basisziekenhuiszorg aan te laten bieden door twee ziekenhuizen.⁸⁰

3.3 Beoordeling van het toezichtkader

Bij de beoordeling van het toezichtkader doen zich drie vragen voor:

1. Is het toezichtkader duidelijk voor partijen?
2. Is het toezicht adequaat: kunnen de (potentieel) negatieve effecten van verticale integratie voorkomen en gecorrigeerd worden?
3. Wordt het toezichtkader adequaat toegepast?

Duidelijkheid toezichtkader

Met de uitgebreide Richtsnoeren voor niet-horizontale fusies van de Europese Commissie uit 2008 en informatie van de Nederlandse toezichthouders op hun websites over het concentratie-, kartel- en EMP-toezicht en de diverse literatuur hierover mag verondersteld worden dat het toezichtkader duidelijk is. Daarnaast is er een specifieke vertaling van het algemene kader naar de zorgmarkt, de 'Richtsnoeren zorgsector' en het stappenplan bij deze richtsnoeren. Hierin worden de algemene kaders toegelicht aan de hand van voorbeelden van veel voorkomende samenwerkingsvormen in de zorg, waaronder ook verticale samenwerking. De NMa actualiseert op dit moment de richtsnoeren zorg om zoveel mogelijk nieuwe samenwerkingsverbanden te bespreken. Daarnaast organiseert de NMa met enige regelmaat ronde tafelbijeenkomsten met het veld, heeft ze overleg met brancheorganisaties en zoekt ze actief de dialoog op congressen in de sector. Tevens heeft de NZa in december 2006 de NZa het consultatiedocument Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg gepubliceerd. Mede op basis van de reacties hierop is de beleidsregel AMM vastgesteld en is een toelichting verschenen op deze beleidsregel.

Om de transparantie van het toezicht verder te vergroten zou overwogen kunnen worden om bestaande Richtsnoeren voor de zorg en de Toelichting op de beleidsregel AMM uit te breiden, meer in samenhang te presenteren en van meer voorbeelden te voorzien die aansluiten bij de praktijk van zorgaanbieders en zorgverzekeraars.

Adequaat toezichtkader

Er zijn geen redenen om aan te nemen dat er negatieve en positieve effecten van verticale integratie (inclusief het marktgedrag van verticaal geïntegreerde ondernemingen) zijn die niet meegenomen kunnen worden in het toezichtkader zoals geschetst in paragraaf 3.1 en 3.2. In het kader van een overweging om wel of geen wettelijk verbod in te stellen, is met name relevant of er geen nadelen van verticale integratie zijn, in het bijzonder voor het waarborgen van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, die buiten het toezichtkader vallen. Het nadeel waarop alle andere nadelen van verticale integratie zijn terug te voeren, is dat de integratie kan leiden tot overheveling van marktmacht in de verticale kolom door middel van marktafsluiting. Markt-

⁸⁰ 'NMa onder strikte voorwaarden akkoord met ziekenhuisfusie', persbericht NMa, 25 maart 2009.

afsluiting en de verschillende verschijningsvormen daarvan vallen binnen het bestaande toezichtkader en worden daarom meegenomen in een beoordeling van de verticale integratie.

Het toezichtkader is met andere woorden adequaat voor de beoordeling van verticale integratie en het gedrag van verticaal geïntegreerde ondernemingen. Deze conclusie geldt voor integratie van een zorgverzekeraar met een ziekenhuis, huisartsen, apotheken en andere zorgaanbieders. Uiteraard kunnen afhankelijk van het soort zorgaanbieder bij deze integratie in de beoordeling wel andere accenten liggen. Deze accenten zijn voorzien in het toezichtkader.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat het gedrag van gefuseerde ondernemingen die aan fusietoezicht onderworpen zijn geweest voortdurend onderworpen is aan kartel en misbruik en AMM toezicht en dat ditzelfde toezicht ook geldt voor die vormen van verticale integratie die niet aan fusietoezicht zijn onderworpen.

Adequate toepassing van het toezichtkader

Omdat er op dit moment nog geen verticale fusies zijn beoordeeld door de betreffende toezichthouders, is niet te zeggen of het toezichtkader adequaat wordt toegepast. Wel is reeds sprake geweest van verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders (zie Bijlage C). In die gevallen is toezicht gehouden door DNB, NZa en NMa⁸¹.

Voor zover het in praktijk zo is dat het toezichtkader door de NMa en de NZa verschillend wordt toegepast, bijvoorbeeld omdat de NMa gedragingen en markten smaller en statischer zou beoordelen, kan een aanpassing in de samenwerking aan de orde zijn.⁸² Wegens gebrek aan verticale integratie op dit moment kan deze conclusie echter nu nog niet getrokken worden voor wat betreft de beoordeling van verticale fusie zorgaanbieder met zorgverzekeraar. Indien in praktijk zou blijken dat bepaalde gemeenschappelijke begrippen in de respectievelijke toezichtkaders door de NMa en de NZa verschillend worden geïnterpreteerd, dan is het gewenst de toepassing van de kaders beter op elkaar af te stemmen.

De NMa toetst primair of er als gevolg van de verticale integratie een significante beperking van de mededinging optreedt.⁸³ Die beperking kan zich uiten in een hogere prijs, maar ook in lagere kwaliteit waarbij ook bereikbaarheid als vorm van kwaliteit wordt gezien.⁸⁴ De NZa kan een zienswijze geven bij fusies en kijkt daarbij integraal naar betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit. Om de toepassing van het kader te verbeteren is te overwegen om objectieve en kwantitatieve bereikbaarheids- en kwaliteitsnormen vast te stellen. Dat zou kunnen bijdragen aan de transparantie, voor-

⁸¹ De NMa houdt vanwege het toezicht op misbruik economische machtspositie ook toezicht op de zorgmarkt en dus ook op deze verticale integraties.

⁸² Merk op dat de NMa en NZa overlappend toezicht hebben als het gaat om EMP/AMM. Daar heeft de NZa wettelijk voorrang. NZa voorziet de NMa bij concentraties van een zienswijze, waarbij het toezichtkader van de mededingingswet bepalend is.

⁸³ Dit staat ook beschreven in (Janssen, Schep, & Sinderen, 2009, p. 52): "De wetgever heeft de NMa echter niet de taak gegeven om fusies op hun maatschappelijke waarde te beoordelen. De NMa beoordeelt concentraties op het mogelijk effect dat het nieuw te vormen bedrijf op de mededinging kan hebben [...] Efficiëntieoverwegingen worden alleen in de beschouwing betrokken indien een voorgenomen fusie tot een significante belemmering van de mededinging leidt, en in dat geval wordt vooral beoordeeld of patiënten ook profiteren van eventuele schaalvoordelen."

⁸⁴ De bereikbaarheid van de zorg komt impliciet ook aan de orde bij de geografische afbakening van de markt.

spelbaarheid en objectiviteit van het toetsingskader. Op dit moment zijn deze normen nog niet aanwezig⁸⁵ of louter kwalitatief. Bovendien is van de bestaande normen moeilijk te verifiëren hoe ze zijn opgesteld (welke overwegingen hebben gespeeld en dergelijke), waardoor het moeilijk is om de publieke belangen kwaliteit en bereikbaarheid integraal in een fusiezaak mee te nemen (welke overweging wel en welke geen rol kan spelen in de beoordeling van een fusiezaak heeft immers ook te maken met de beleidsvrijheid van de toezichthouder om daar een uitspraak over te doen). Positief is in dit verband dat de minister in zijn brief van 27 juni aan de Tweede Kamer (kenmerk MC-U-2860925) het voornemen heeft uitgesproken om heldere ondergrenzen vast te stellen voor bereikbaarheid en kwaliteit.

⁸⁵ Er is wel een eis voor spoedeisende hulp, maar er bestaan geen algemeen toepasbare eisen voor de zorg in bredere zin.

4 Synthese

In dit hoofdstuk beantwoorden we de hoofdvraag: is een wettelijk verbod op verticale integratie noodzakelijk en proportioneel (evenredig/passend voor het na te streven doel) voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid in de zorg. We stellen daartoe een synthese op van alle in de vorige hoofdstukken verzamelde informatie.

4.1 Uitgangspositie: Nederlands rechtstelsel en economische ordening

Het uitgangspunt van het Nederlands rechtstelsel ten aanzien van concentraties is dat deze zijn toegestaan, tenzij aangetoond kan worden dat deze de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zouden beperken. Daarnaast is het mogelijk om in te grijpen als blijkt dat sprake is van schadelijke effecten van gedragingen of overeenkomsten, middels het verbod van misbruik van een economische machtspositie, het kartelverbod en het AMM-instrument.

Een wettelijk verbod op het verrichten van activiteiten is in het economisch orderingsrecht hoogst uitzonderlijk. Bovendien is het juist één van de verworvenheden van de huidige Zorgverzekeringswet dat zorgverzekeraars zelf kunnen voorzien in de zorg of de overige diensten waaraan de verzekerde behoefte heeft (art. 11 Zvw). Een verbod op (juridische) fusie zou deze verworvenheid teniet doen. Anders geformuleerd: Verticale integratie is een van de instrumenten die zorgaanbieders en zorgverzekeraars ter beschikking staat om op de zorgmarkt te ondernemen (andere instrumenten zijn bijvoorbeeld horizontale afspraken, horizontale integratie en overige verticale afspraken). Met de omvorming van de zorgmarkt van een publiek naar een marktgeoriënteerd stelsel is ondernemerschap relevant geworden. Het mogen inzetten van een instrument als verticale integratie is verbonden aan de keuze voor een nieuw zorgstelsel.

4.2 Uitzonderingspositie zorgsector?

De voorgelegde probleemstelling, de noodzaak en proportionaliteit van een wettelijk verbod op verticale integratie in de zorg, dient primair te worden beantwoord vanuit de vraag of ons huidige, algemene stelsel voldoet in de zorgsector of dat er in deze sector dusdanig zwaarwegende publieke belangen in het gedrang zijn dat, bij wijze van hoge uitzondering, ingrijpen door de wetgever in de vorm van een wettelijk verbod noodzakelijk, proportioneel en dus legitiem is.

Het uitgangspunt is – ook in de zorgsector – dat partijen verticaal moeten kunnen integreren tenzij dat ten koste gaat van de publieke belangen betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit van zorg. Een wettelijk verbod op verticale integratie in een bepaalde sector is zoals gezegd een extreme maatregel die alleen bij wijze van hoge uitzondering onder specifieke omstandigheden gerechtvaardigd is. Een specifieke omstandigheid zou kunnen zijn dat het vooraf duidelijk is dat verticale integratie doorgaans ten koste gaat van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid, en dat er geen of onvoldoende voordelen aan verbonden zijn. Zoals we in hoofdstuk 2 hebben be-

schreven, kan verticale integratie deze publieke belangen ook dienen en zou een verbod de publieke belangen kunnen schaden. Een tweede specifieke omstandigheid zou kunnen zijn dat het toetsingskader voor verticale integratie niet consistent is met de doelstelling van borging van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid. Indien het huidige toezichtkader, in het bijzonder het (casuïstische) toezicht door de NMa en NZa, aantoonbaar tekortschiet bij het waarborgen van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, kan dit de legitimiteit van een wettelijk verbod op verticale integratie in de zorg staven (alook een verbod op horizontale fusies). Een andere specifieke omstandigheid zou kunnen zijn dat het toezichtkader op zich juist is maar dat de toezichthouder tekortschiet en geen oog heeft voor de nadelen van verticale integratie. Indien een verbod noodzakelijk en evenredig zou zijn, komt de vraag aan de orde of een dergelijk verbod effectief kan zijn, of het praktisch vormgegeven kan worden en of het juridisch mogelijk is. We lopen achtereenvolgens deze vragen langs.

Er zijn bij het beantwoorden van de vraag of een wettelijk verbod wel of niet wenselijk is vier voorname afwegingen:

1. de toereikendheid van het huidige toezichtkader (paragraaf 4.3);
2. de welvaartseffecten in relatie tot publieke belangen (paragraaf 4.4);
3. de keuzevrijheid van consumenten (paragraaf 4.5);
4. de effectiviteit van een wettelijk verbod (paragraaf 4.6); en
5. de doelmatigheid van een wettelijk verbod (paragraaf 4.7).⁸⁶

4.3 Toereikendheid huidig toezichtkader

Indien het huidige toezichtkader, in het bijzonder het (casuïstische) toezicht door de NMa en NZa, aantoonbaar tekortschiet bij het waarborgen van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, staft dit de legitimiteit van een wettelijk verbod op verticale integratie in de zorg (alook een verbod op horizontale fusies). Het is in dit verband belangrijk dat het gedrag van gefuseerde ondernemingen die aan fusietoezicht onderworpen zijn geweest voortdurend onderworpen is aan kartel en misbruik en AMM toezicht en dat dit zelfde toezicht ook geldt voor die vormen van verticale integratie die niet aan fusietoezicht zijn onderworpen.

Twee instanties staan centraal bij het beoordelen van verticale integratie en samenwerking in de zorg: de NMa en de NZa. Bij de ex ante concentratietoets (art. 37 en 41 Mw) kan de NZa een zienswijze afgeven aan de NMa. Mochten er ex post onwenselijke effecten optreden, dan zijn er (los van reguleringsactiviteiten die de NZa kan ondernemen) drie specifieke vangnetten om ongewenste effecten van integratie te corrigeren:

- het karteltoezicht (art. 6 Mw en art. 81 EG-Verdrag) door de NMa;
- het verbod op misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw), eveneens op toegezien door de NMa;
- door de NZa op te leggen verplichtingen in geval van aanmerkelijke marktmacht (art. 47:49 Wmg).

⁸⁶ De juridische *haalbaarheid* van een wettelijk verbod komt aan bod in hoofdstuk 5, nadat is vastgesteld of het verbod wenselijk is.

Het derde vangnet is een specifiek instrument voor de zorgmarkt, juist omdat dit een markt in wording betreft. Er zijn voor ons noch aanwijzingen dat het huidige ex ante en ex post instrumentarium van de toezichthouders tekortschiet in het voorkomen of corrigeren van negatieve effecten van verticale integratie, noch dat de toezichthouders het instrumentarium inadequaaf zouden inzetten bij het voorkomen of corrigeren van negatieve effecten van verticale integratie (zie hoofdstuk 3).

Het zou kunnen zijn dat bovengenoemd toetsingskader van NMa en NZa voor verticale fusies, of andere vormen van verticale integratie toch ontoereikend is voor de borging van de publieke belangen. Dat zou het geval kunnen zijn als de toetsingskaders van NMa en NZa bij overlappende bevoegdheden onderling inconsistent zijn. Bijvoorbeeld: als de sectorspecifieke doelstellingen (eventueel tijdelijk) belangrijker worden geacht, dan zou een algemeen fusieverbod kunnen voorkomen dat deze doelstellingen worden gefrustreerd door alleen het concentratietoetsingskader toe te passen. Een algemeen verbod op verticale integratie zou een oplossing voor deze ontoereikendheid kunnen zijn.

Er is vooralsnog geen reden om aan te nemen dat het toetsingskader van de NMa, en de wijze waarop de NMa dat in de praktijk toepast (naast de effecten van fusies op prijzen worden ook de effecten op kwaliteit en andere concurrentiedimensies meegenomen), niet consistent is met de doelstellingen van de NZa. Van nature zal een sectorspecifieke toezichthouder als de NZa, die de concurrentie proactief bevordert, een fusie waarschijnlijk eerder als problematisch zien dan de NMa. Maar ook bij een strikter toetsingskader, of een striktere toepassing van het bestaande kader, zal verticale integratie niet problematisch zijn. Ook dan is een wettelijk verbod onwenselijk. Bovendien zijn er naast de NMa en de NZa ook andere toezichthouders die mede waken over de publieke belangen, zoals DNB en de IGZ.

4.4 Welvaartseffecten en publieke belangen

Er zijn in hoofdzaak twee overwegingen die (direct) betrekking hebben op consumentenwelvaart: het verbieden van verticale integratievormen die per saldo batig zijn voor consumenten (verzekerden/patiënten) en het toelaten van verticale verbanden die per saldo negatief zijn.

Bij de eerste overweging luidt de vraag of met een wettelijk verbod het 'kind met het badwater wordt weggegooid': een dergelijk verbod maakt integratie die voor de consumenten (verzekerden/patiënten) per saldo voordelig is immers ook onmogelijk. Effectief komt het erop neer dat veel van de in paragraaf 2.4 genoemde baten van verticale integratie, denk aan preventie of innovatie, niet gerealiseerd kunnen worden.

Ondanks de sterk geconcentreerde zorgverzekeringsmarkt en de marktmacht van sommige zorgaanbieders zijn er geen aanwijzingen dat er horizontaal onvoldoende (rest)concurrentie bestaat om te garanderen dat deze voordelen (deels) worden doorgegeven aan de consument. Dit wordt nog aannemelijker indien het voor consumenten inzichtelijk is óf en waar deze voordelen ontstaan.

Bij de tweede overweging, de onterechte goedkeuring van verticale integratie, draait het ook om de vraag of verticale integratie leidt tot grote niet waarneembare nadelen voor de consument. Er is bezorgdheid dat verticale integratie bepaalde gedragingen tussen de zorgaanbieders en de zorgverzekeraars aan het zicht van de toezichhouders kan onttrekken. Dergelijk subtiel en moeilijk te bewijzen gedrag kan leiden tot marktafsluiting (*foreclosure*) zonder dat ertegen kan worden opgetreden. Dergelijke ‘sabotage’ hangt echter niet alleen samen met het aangaan van verticale integratie, maar ook met marktkenmerken zoals informatieverschillen en verschillen in machtspositie tussen verschillende marktspelers. Een verbod op verticale integratie vermindert het risico op sabotage derhalve niet, terwijl het wel een route naar maatschappelijke baten blokkeert.

4.5 Keuzevrijheid

Voor wat betreft *sturing* door de zorgverzekeraar die door de verzekerde als ongewenst zou kunnen worden ervaren, staat hier tegenover dat het zorgstelsel de verzekerde diverse waarborgen biedt, te weten:

- De verzekerde heeft recht op een door de verzekeraar te bepalen vergoeding van de kosten van niet-gecontracteerde zorg (art. 13 Zvw), overigens zonder dat de hoogte hiervan wettelijk is vastgesteld;
- De verzekerde heeft een wettelijk gewaarborgd recht om jaarlijks zijn verzekering op te zeggen (art. 7 Zvw);
- De verzekerde kan zich momenteel ook per direct bij een andere verzekeraar verzekeren (art.3 jo. 5 Zvw); in dat geval is sprake van een dubbele verzekering waarmee de verzekerde (met zijn nieuwe restitutiepolis) naar de zorgaanbieder van zijn keuze kan gaan.⁸⁷

Beperking van keuzevrijheid kan tevens het gevolg zijn van *uitsluiting*. Hierop wordt door de NMa vooraf getoetst in haar toepassing van artikel 41 van de Mededingingswet (belemmering van de mededinging als gevolg van concentratie). De NMa schat, doorgaans van advies gediend door de NZa, in of de verticaal geïntegreerde onderneming de mogelijkheid én de prikkel heeft om marktafsluiting te effectueren.

Voor zover deze waarborgen onvoldoende zouden zijn om de publieke belangen te borgen, ligt het eerder voor de hand deze waarborgen aan te scherpen dan om verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders te verbieden.

4.6 Effectiviteit van een verbod

Een verbod op verticale integratie is effectief als het de mogelijke nadelen van verticale integratie voor de publieke belangen in de zorg (kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid) kan voorkomen. De effectiviteit van een instrument is groter naarmate het de oorzaken van het onderliggende probleem aanpakt. De vraag is of een verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders de onderliggende problemen aanpakt. In paragraaf 1.4 worden de onderliggende

⁸⁷ Minister Klink heeft aangegeven te bezien of de acceptatieplicht voor een zorgverzekering kan worden beperkt tot één per verzekeringsplichtige. Daarom blijft deze afweging buiten beschouwing.

problemen op de zorgmarkt beschreven. Deze liggen op het gebied van transparantie en in sommige gevallen ook op het gebied van gebrekkige horizontale concurrentie. Intransparantie belemmert de (getrapte) keuzevrijheid van de consument, bijvoorbeeld omdat deze niet weet welke zorgaanbieders door zijn verzekeraar zijn of zullen worden gecontracteerd en zo geen inschatting kan maken van de kwaliteit van zorgaanbieders. Omdat een verbod op verticale integratie deze problemen niet aanpakt, concluderen we dat een verbod niet effectief is.

4.6.1 Vormgeving van een wettelijk verbod

Een tweede vraag is of een wettelijk verbod praktisch zo is vorm te geven dat het waterdicht is in de zin dat het de ongewenste gedragingen tegengaat. Het is moeilijk om een verbod waterdicht te maken. Indien marktpartijen in de zorgkolom willen samenwerken om hun gezamenlijke marktmacht te gebruiken, zal een integratieverbod hen daar niet van weerhouden. Het is gecompliceerd om te definiëren wat wel en wat niet onder het begrip ‘verticale integratie’ valt. Wat wel en niet onder een juridische fusie valt is waarschijnlijk nog wel te definiëren, maar dat wordt veel ingewikkelder als het gaat om een rechtstreekse of middellijke bestuurlijke of financiële deelname of van een ‘andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder’ (zie paragraaf 1.3). Een scherpe omschrijving is uiteraard essentieel om iets te kunnen verbieden. Een ‘nee, tenzij toets’, waarbij verticale integraties tussen een zorgverzekeraar en zorgaanbieder zijn verboden tenzij daar netto (efficiëntie)voordelen tegenover staan die ten goede komen aan de consument, maakt definiëring niet minder complex.⁸⁸ Ook vanuit het oogpunt van procesefficiëntie en rechtszekerheid zijn er nauwelijks argumenten ten faveure van een dergelijke ‘per se illegal’ aanpak: in iedere casus van verticale integratie zullen partijen veel werk moeten verzetten om het netto nut aan te tonen. Bovendien weten partijen die een beroep doen op een efficiëntieverweer niet waar ze aan toe zijn.

Een tweede complicatie bij de vormgeving van een wettelijk verbod op verticale integratie betreft het feit dat een dergelijk verbod een uitzondering moet bevatten voor tijdelijke situaties die noodzakelijk zijn om aan de zorgplicht te voldoen. Het is moeilijk vooraf te bepalen in welke gevallen verticale integratie nodig is om aan de zorgplicht te voldoen en wanneer niet. Bovendien is onduidelijk hoe lang tijdelijk duurt en wat er na die tijd gebeurt. Opsplitsing zal met kosten gepaard gaan en de vraag is welke partij die draagt. De tijdelijkheid van de uitzondering zal tot definitie- en uitvoeringsproblemen leiden. Bij een wettelijk verbod bestaat voor partijen veel onduidelijkheid en weinig rechtszekerheid.

4.6.2 Verticale beperkingen met dezelfde effecten vallen buiten een verbod

Naast definitiekwesties over wat juridisch gezien wel en niet tot verticale integratie gerekend wordt, zijn er tal van verticale *beperkingen* die in de praktijk hetzelfde kunnen bewerkstelligen als verticale integratie die de commissie gevraagd is te onderzoeken (zie bijlage B). Hierdoor zal een verbod een-

⁸⁸ Dit komt neer op een efficiëntieverweer, waarbij de bewijslast wordt omgedraaid: de bewijslast ligt bij de partijen in plaats van bij de toezichthouder. In praktijk zal dit vermoedelijk een slecht begaanbare route zijn. Er zijn namelijk nog geen succesvolle efficiëntieverweren gevoerd (Dijk, 2009). Het feit dat eerst apart wordt vastgesteld of sprake is van een mededingingsbeperking en dan pas mogelijke positieve gevolgen van die beperking mogen worden betrokken in de beoordeling, maakt een efficiëntieverweer in praktijk niet goed mogelijk (Baarsma & Poort, 2009). Het voordeel van de integrale afweging van voor- en nadelen van een mededingingsbeperking zou zijn dat een gedraging of afspraak minder snel als mededingingsbeperking zou worden gekwalificeerd.

voudig te ontwijken zijn (in het bijzonder door middel van contracten). Sterker nog: het toezichtkader zal dan eenvoudigweg sturen in de richting van verticale overeenkomsten die buiten het verbod op verticale integratie vallen. Verticale beperkingen zouden dan niet verboden zijn, maar uiteraard wel onderhevig aan het gedragstoezicht blijven.

Overigens, zelfs indien er geen overeenkomsten tussen verzekeraar en zorgaanbieder zijn die verticale beperkingen tot gevolg hebben, kan er alsnog sprake zijn van invloed wanneer de zorgaanbieder voor een substantieel deel van zijn omzet afhankelijk is van de zorgverzekeraar.

4.6.3 Conclusie

Op basis van deze argumenten concluderen we dat een verbod op verticale integratie praktisch niet goed is vorm te geven en dat een dergelijk verbod niet effectief is omdat verticale beperkingen met dezelfde effecten erbuiten vallen en het de onderliggende problemen niet aanpakt. In dat opzicht is een verbod te zien als een noodverband dat het bloeden niet stelpt.

4.7 Doelmatigheid van een verbod

Een casuïstisch stelsel heeft als keerzijde dat maatwerk complex en duur is en dat er gevallen zullen zijn die de dans ontspringen. Een verbod op verticale integratie heeft tot voordeel dat het – mits praktisch goed vormgegeven – duidelijk is en lagere transactiekosten voor zowel regulator als geregeerde oplevert. Er zijn echter kanttekeningen. Ten eerste is het verbod niet efficiënt, omdat het ook verticale integratie verbiedt die wel welvaartsverhogend is. Voorts gaat van een verbod een remmende werking uit op innovatieve ontwikkelingen die we nu nog niet kunnen voorzien. Ten derde is een dergelijk verbod dusdanig rigoureuus dat er onvermijdelijk uitzonderingen gecreëerd moeten worden, die dezelfde complexiteit zullen kennen als het thans vigerende stelsel.

Kortom, alleen indien vooraf duidelijk is dat er doorgaans nadelen zijn van verticale integratie en indien deze in het algemeen groter zijn dan de voordelen, is er een transactiekostenargument ten faveure van een wettelijk verbod. Uit de confrontatie van de nadelen van verticale integratie (paragraaf 2.3) met de voordelen ervan (paragraaf 2.4) kan niet geconcludeerd worden dat in het algemeen gesteld kan worden dat de nadelen van verticale integratie in zijn algemeenheid groter zijn dan de voordelen. Daarom is het beter om in plaats van een verbod te kiezen voor de specifieke afweging van geval tot geval met de bestaande instrumenten.

4.8 Conclusie

Wij concluderen dat een wettelijk verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders niet noodzakelijk en niet proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid in de zorg. Sterker nog: we concluderen dat een dergelijk verbod de publieke belangen zou kunnen schaden. De voornaamste argumenten daarbij zijn:

- Er is geen reden om aan te nemen dat het huidige toezichtkader niet toereikend is of niet adequaat wordt toegepast om de effecten van verticale integratie, waaronder de effecten op kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg, af te wegen;

- Het staat thans niet vast dat de concurrentie op de zorgverzekeringsmarkt en/of de concurrentie op de zorgverleningsmarkt dermate ineffectief is dat alle verticale integratie in zijn algemeenheid per saldo nadelig is voor consumenten (verzekerden en patiënten). Een verbod op verticale integratie in de zorg is dan ook niet doelmatig en snijdt de weg af naar verticale integratie die per saldo positief uit kan pakken voor de consument;
- Het is niet waarschijnlijk of aannemelijk dat verticale integratie de keuzevrijheid van consumenten onacceptabel beperkt. Bovendien zijn er verschillende wettelijke waarborgen die dat kunnen voorkomen;
- Een algemeen integratieverbod is niet effectief omdat het op diverse manieren is te ontwijken en omdat het de werkelijke problemen op de zorgmarkt niet aanpakt.

Deze conclusie geldt voor de verschillende beschouwde vormen van verticale integratie; van verticale fusie tot financiële betrokkenheid tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Een verbod is niet noodzakelijk waar het verticale fusies betreft omdat die fusies aan concentratietoezicht zijn onderworpen en bovendien het gedrag van de gefuseerde entiteit ook aan gedragstoezicht is onderworpen. Een verbod is evenmin noodzakelijk voor minder vergaande vormen van integratie, omdat die vormen voor zo ver niet aan concentratietoezicht in elk geval aan gedragstoezicht zijn onderworpen. Er zijn voor ons geen aanwijzingen dat het huidige gedrags- en concentratietoezichtkader niet adequaat is of niet adequaat wordt toegepast.

4.8.1 Aandachtspunten

We sluiten de synthese af met enkele aandachtspunten op het beleidsterrein verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.

Een aandachtspunt betreft het blijven bevorderen van concurrentie op beide horizontale niveaus, omdat bij voldoende effectieve concurrentie op horizontaal niveau de mogelijke nadelige gevolgen van verticale gemitigeerd worden. In dat kader zouden studies wenselijk zijn naar de effecten van: (1) het afschaffen van de numerus fixus in medische studies (met als gevolg gecreëerde schaarste en minder concurrentie tussen zorgaanbieders) en (2) de huidige opzet van het risicovereveningsmodel met nacalculatie (met als gevolg sterk verminderde prikkels voor verzekeraars om scherp te onderhandelen over de zorginkoop).

Een tweede aandachtspunt betreft de transparantie van de markt. Vanwege het essentiële belang van voldoende transparantie van het zorgaanbod, zouden alle initiatieven die leiden tot meer transparantie prioriteit moeten krijgen. Uiteraard is het evenzeer belangrijk om de zorgverzekeringsmarkt transparanter te maken. Hierbij dient aandacht te bestaan voor het duidelijk uitleggen van:

- het onderscheid tussen natura- en restitutiepolicen;
- hoever de zorgplicht van een verzekeraar reikt;
- welke zorgaanbieders gecontracteerd zijn/worden: op het moment dat een consument een polis kiest, moet deze idealiter informatie hebben over de contracten die de verzekeraar heeft afgesloten of zal afsluiten;
- welke vergoeding de consument kan verwachten voor niet-gecontracteerde zorg; en

- de rechten en plichten bij het wisselen van verzekeraar.

Wat betreft het voorlaatste punt geldt dat in 2008 bijna de helft van het aantal verzekerden dat gebruik maakte van niet-gecontracteerde zorg 10 tot 20% moest bijbetalen. Welk percentage de verzekeraar dient te vergoeden, is niet wettelijk vastgelegd. Het is belangrijk dat consumenten die kiezen voor een polis met selectief gecontacteerde zorg weten dat zij veelal minder dan 100% vergoeding krijgen indien ze voor een niet-gecontracteerde aanbieder kiezen. Welk percentage de verzekeraar dient te vergoeden, is niet wettelijk vastgelegd. Er is alleen bepaald dat de verzekerde recht heeft op “een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding”. Het is eveneens belangrijk dat toezicht bestaat op deze huidige open norm in artikel 13 Zvw. Er dient in onze ogen sprake te zijn van een ‘redelijke minimum vergoeding’, zonder dat de hoogte daarvan vast hoeft te worden gelegd (kan per geval bepaald worden).

Om de transparantie van het toezicht verder te vergroten zou overwogen kunnen worden om de bestaande NMa Richtsnoeren voor de zorg en de toelichting op de AMM beleidsmaatregel uit te breiden, meer in samenhang te presenteren en van meer voorbeelden te voorzien die aansluiten bij de praktijk van zorgaanbieders en zorgverzekeraars. Om de toepassing van het kader te verbeteren, is te overwegen om objectieve en kwantitatieve bereikbaarheids- en kwaliteitseisen vast te stellen. Deze kunnen gebruikt worden bij het toetsen van vormen van verticale integratie. Dat zou kunnen bijdragen aan de transparantie, voorspelbaarheid en objectiviteit van het toetsingskader.

5 Juridische haalbaarheid integratieverbod

5.1 Inleiding

In voorgaande hoofdstukken zijn wij onder meer tot de conclusie gekomen dat een wettelijk verbod op verticale integratie niet noodzakelijk en niet proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid in de zorg. In dit hoofdstuk geven wij aan dat een wettelijk verbod bovendien in strijd is met het Europese recht. Voor zover geharmoniseerde regels ontbreken, hetgeen in het bijzonder het geval is op het terrein van zorgaanbieders, dient een wettelijk verbod op verticale integratie verenigbaar te zijn met het Verdrag, in het bijzonder de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal, de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten. Ter zake van zorgverzekeraars zijn (tevens) relevant de schadeverzekeringsrichtlijnen, en met name de derde schaderichtlijn (Richtlijn 92/49/EEG), met de daarop aanvullende Interpretatieve Mededeling van de Commissie⁸⁹ (de Mededeling). Voorts dient aandacht besteed te worden aan de Concentratieverordening⁹⁰ (de Verordening).

5.2 De verdragsbepalingen betreffende de interne markt

Vrij verkeer van kapitaal: artikel 56 EG-Verdrag

Artikel 56 EG verbiedt alle (van overheidswege opgelegde) beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen. Onder kapitaalverkeer wordt verstaan directe investeringen, dat wil zeggen “alle investeringen die door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming van een economische activiteit”.⁹¹ Deze definitie impliceert een ruime interpretatie van het begrip ‘kapitaalverkeer’ waardoor het verwerven van eigendom in een onderneming onder het vrije verkeer van kapitaal valt. Artikel 56 EG-Verdrag verbiedt, net als de andere vrij verkeersbepalingen, niet alleen discriminerende maatregelen, maar ook maatregelen die zonder onderscheid (naar nationaliteit of plaats van vestiging) van toepassing zijn. Wij gaan er van uit dat als Nederland zou overgaan tot invoering van een verbod op verticale integratie, dit verbod geen onderscheid zal maken naar plaats van vestiging. Noch ten nadele, noch ten voordele van buitenlandse partijen. Hoewel dit laatste scenario, ook wel aangeduid als omgekeerde discriminatie, Europeesrechtelijk aanvaardbaar is, ligt het niet in de rede dat eventuele verbodswetgeving een uitzondering zal bevatten voor situaties waarbij een zorgverzekeraar dan wel een zorgaanbieder betrokken is die zijn hoofdzetel heeft in een andere lidstaat.

Vrijheid van vestiging: artikel 43 EG-Verdrag

Artikel 43 EG-Verdrag verbiedt voorts beperkingen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat. Grensoverschrijdende verticale integratie

⁸⁹ 2000/C 43/03 Interpretatieve Mededeling van de Commissie, Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf.

⁹⁰ Verordening 139/2004 EG.

⁹¹ Zaak C-112/05, Commissie t. Duitsland, Jur. 2007, blz. I-8995, r.o. 18 en zaak C-274/06, Commissie t. Spanje, Jur. 2008, blz. I-26, r.o. 18.

tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders kan ook als “vestiging” in de zin van artikel 43 EG-Verdrag worden gekwalificeerd, aangezien deze voor zover er sprake is van meer dan een lichte vorm van bestuurlijke of financiële invloed een duurzame wijziging in de zeggenschap impliceert. Het Hof heeft aangenomen dat de verwerving van alle aandelen van een vennootschap met zetel in een lidstaat door een vennootschap met zetel in een andere lidstaat enkel onder de reikwijdte valt van de vrijheid van vestiging en niet onder het vrije verkeer van kapitaal.⁹² Het toetsingskader voor het verbod is echter in beginsel gelijk.

Vrij verkeer van diensten: artikel 49 EG-Verdrag

Het vrij verrichten van diensten onderscheidt zich van het vestigingsrecht door haar tijdelijk karakter (vestiging veronderstelt een zekere duurzaamheid). In de jurisprudentie over het vrije verkeer in de zorg neemt het Hof aan dat zorgentiteiten diensten aanbieden of anderszins betrokken zijn bij economische activiteiten. Medische behandelingen verricht in de Nederlandse sector van *cure* werden reeds beoordeeld in de context van het vrije dienstverkeer. Verzekeringsmaatschappijen zijn eveneens dienstverleners.

Beperking en rechtvaardiging

Een verbod op verticale integratie beperkt de beginselen van het vrije verkeer zoals omschreven in de hiervoor genoemde communautaire bepalingen (daadwerkelijk of potentieel) doordat het verbod bijvoorbeeld meebrengt dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders die in een andere lidstaat verticaal geïntegreerd zijn, zich niet kunnen vestigen in Nederland, dan wel alhier geen (zorg- en/of verzekerings-)diensten mogen aanbieden. Dit belemmert de vrijheid van vestiging c.q. dienstverlening. Het kan evenzeer met zich brengen dat een over de grens gelegen ziekenhuis dat structureel onder invloed staat van een Nederlandse zorgverzekeraar, geen diensten mag verlenen aan Nederlandse patiënten. Een verbod op verticale integratie is daarmee in strijd met een hogere verdragsverplichting van de Nederlandse Staat.

Er is weliswaar een aantal rechtvaardigingen mogelijk voor nationale beperkingen van het vrije verkeer, waardoor die beperkingen toelaatbaar zijn, doch deze rechtvaardigingsgronden en excepties zijn hier niet van toepassing. Rechtvaardigingsgronden zijn te vinden in de excepties van de artikelen 58 (kapitaal) en 46 (vestiging) van het EG-Verdrag. Daarnaast kan onder omstandigheden de zogenaamde *rule of reason*, de ongeschreven uitzonderingsgronden die zijn ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof, een beperking rechtvaardigen, alsmede de exceptie voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB) van artikel 86, lid 2 EG. Deze excepties worden hierna kort besproken.

De exceptie van artikel 58 EG-Verdrag staat enkel open voor maatregelen die zijn ingevoerd in het belang van de openbare orde of veiligheid. Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat een beroep op dit artikel slechts succes heeft indien sprake is van een *werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast*.⁹³ De argumenten welke voor het introduceren van een verbod worden aangevoerd in het Kamerdebat, namelijk (i) dat verticale integratie de toetreding tot of concurrentie op de markt zou kunnen bemoeilijken; (ii) dat er minder

⁹² Zaak C-208/00, *Überseering*, Jur. 2002, blz. I-9919.

⁹³ Zaak C-54/99, *Eglise de scientologie*, Jur. 2000, blz. I-1335; zaak C-367/98, *Commissie t. Portugal*, Jur. 2002, blz. I-4731.

vergaande vormen dan verticale integratie bestaan die hetzelfde doel bereiken; en (iii) dat een verbod effectiever en efficiënter is dan de concentratietoets van de NMa, zijn daartoe onvoldoende, nog afgezien van het feit dat deze argumenten een belangrijke economische rationale lijken te hebben.

Artikel 46 EG Verdrag noemt volksgezondheid wel expliciet als rechtvaardigingsgrond. Een beperking van het vrije verkeer kan worden gerechtvaardigd indien deze voor een ieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen in stand houdt en een bepaalde verzorgingscapaciteit en deskundigheid handhaaft.⁹⁴ Mede in het licht van artikel 152 EG Verdrag dat een zekere vrijheid laat aan lidstaten in de organisatie van de gezondheidszorg, alsook bij beoordeling van de *rule of reason* excepties, zou het belang van de bescherming van de volksgezondheid in bepaalde gevallen wetgeving kunnen rechtvaardigen die de relatie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders reguleert. Echter, dit houdt alleen stand indien de nationale maatregelen noodzakelijk en geschikt zijn voor het nagestreefde doel en er geen minder ingrijpende instrumenten voorhanden zijn. Wij menen dat aan deze voorwaarde niet is voldaan, zoals hierna zal worden besproken.

Het Hof heeft in de *rule of reason* jurisprudentie de doctrine van de “dwingende vereisten van algemeen belang” ontwikkeld. Uit de arresten volgt dat een beperking van het vrije verkeer eventueel gerechtvaardigd kan worden o.a. met een beroep op het belang van de volksgezondheid, sociaal beleid en verwante terreinen als voorkoming van ernstige aantastingen van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel. In het kader van de zorg genieten lidstaten als gezegd enige speelruimte om het zorgstelsel in te richten, mede in het licht van artikel 152 EG-Verdrag.

Een eventueel verbod op verticale integratie, ook wanneer dit eerst en vooral zou worden ingevoerd ter bescherming van de volksgezondheid moet noodzakelijk en geschikt zijn ter verwezenlijking van die doelstelling. Verder mag ingevolge het zogenaamde proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel de lidstaat niet de beschikking hebben over een minder belemmerend alternatief.⁹⁵ In het geval van een verbod op verticale integratie moet dus met name worden nagegaan of een dusdanig ingrijpende maatregel als een wettelijk verbod evenredig is aan de nagestreefde belangen. Dit punt komt hierna aan de orde.

Ten slotte biedt het Verdrag de uitzondering voor de zogenaamde ‘diensten van algemeen economisch belang’ (DAEB). Artikel 86, lid 2 EG geeft aan dat lidstaten ondernemingen kunnen belasten met het beheer van een DAEB. Deze ondernemingen dienen dan nog gewoon aan de Verdragsverplichtingen te voldoen mits de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Deze uitzondering veronderstelt derhalve in de eerste plaats dat sprake is van een DAEB. Er bestaat geen precieze definitie van DAEB’s, maar verondersteld kan worden dat sommige zorgdiensten vermoedelijk wel zullen kwalificeren als DAEB, zoals acute zorg en top-referente zorg, en dat sommige zorgdiensten vermoedelijk niet zullen kwalificeren als DAEB, zoals de

⁹⁴ Zaak C-372/04, Watts, Jur. 2003, blz. I-4325; zaak C-385/99, Müller-Feuré, Jur. 2003, blz. I-4509.

⁹⁵ Om een nationale maatregel geschikt te kunnen verklaren voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, eist het Hof in het arrest Hartlauer zaak C-169/07, dat de verwezenlijking van die doelstelling coherent en systematisch wordt nagestreefd en dat de maatregel de beoordelingsvrijheid van de nationale lidstaten ter zake afdoende begrenst.

meeste DBC's in het B-segment. Het ligt in ieder geval niet voor de hand dat de zorg *in het algemeen* als DAEB kan worden aangemerkt.

In de tweede plaats vereist deze uitzondering van artikel 86, lid 2 EG dat de desbetreffende ondernemingen van overheidswege zijn *belast* met een duidelijk omschreven openbare dienstverplichting.⁹⁶ Ten aanzien van zorgverzekeraars kan een dergelijke aanwijzing worden verdedigd op grond van onder meer de acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie.⁹⁷ Ten aanzien van zorgaanbieders is dit op zijn best ongewis. In de laatste plaats kan de belasting van een onderneming met het beheer van een DAEB alleen een rechtvaardiging bieden voor een beperking op het vrije verkeer indien deze beperking niet verder gaat dan *noodzakelijk* om de DAEB uit te kunnen oefenen. Deze proportionaliteitstoets wordt verder besproken in paragraaf 5.3.

5.3 De Europese verzekeringsrichtlijnen

Voornaamste doel van harmonisatie is dat verzekeringsondernemingen, inbegrepen zorgverzekeraars, die in een lidstaat een vergunning hebben gekregen, in de gehele Europese gemeenschap hun activiteiten kunnen uitoefenen, hetzij door middel van vestiging hetzij in het kader van het vrij verrichten van diensten. Enkele bepalingen van de verzekeringsrichtlijnen stellen minimumnormen vast hetgeen betekent dat de lidstaten strengere regels mogen opleggen aan verzekeringsondernemingen. Deze strengere maatregelen moeten echter wel in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht en de proportionaliteitstoets doorstaan.

Overweging 19⁹⁸ van Richtlijn 92/49/EEG (de "derde schaderichtlijn") bepaalt dat:

"...erop moet worden toegezien dat alle in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten zonder enige belemmering..... op de markt kunnen worden gebracht, voor zover zij niet in strijd zijn met de wettelijke bepalingen van algemeen belang die in de lidstaat gelden en voor zover dit algemeen belang niet door de voorschriften van de lidstaat van herkomst wordt gevrijwaard, mits deze wettelijke bepalingen zonder discriminatie van toepassing zijn op alle in deze lidstaat werkzame verzekeringsondernemingen, en mits zij objectief nodig zijn en toegesneden zijn op het beoogde doel."

De Europese Commissie heeft verduidelijkt dat een verzekeringsonderneming die diensten in een andere lidstaat dan haar lidstaat van herkomst aanbiedt, slechts kan worden gedwongen die diensten aan beperkende maatregelen van de andere lidstaat aan te passen indien deze maatregelen van algemeen belang zijn, ongeacht of deze verzekeringsonderneming via een bijkantoor of door het vrij verrichten van diensten actief is. Dit wordt bevestigd in de jurisprudentie, waarin wordt geoordeeld

⁹⁶ De noodzaak van een expliciete overheidshandeling teneinde een onderneming met een DAEB te belasten is absolueter ingeval de overheid deze onderneming financieel wenst te compenseren (staatssteun) voor de openbare dienstverplichtingen, dan in het geval geen financiële steun aan de orde is.

⁹⁷ Vgl. Gerecht van Eerste Aanleg, zaak T-289/03, BUPA.

⁹⁸ Deze overweging heeft een zuiver interpretatieve waarde en geven inzicht in de voornemens van de Gemeenschapswetgever.

dat uitsluitend regels van algemeen belang de uitoefening van het vrij verrichten van diensten⁹⁹ en het recht van vestiging¹⁰⁰ kunnen beperken of belemmeren.

Lidstaten mogen op grond van artikel 18 van eerste schaderichtlijn geen enkel voorschrift vaststellen met betrekking tot de aard van de activa welke aanwezig zijn boven de activa die de technische reserves dekken. Een zorgverzekeraar mag derhalve geen beperkingen worden opgelegd in de besteding van diens vrije reserves.¹⁰¹ Lidstaten mogen ingevolge artikel 29 van de derde schaderichtlijn zich ook niet inlaten met de polisvoorwaarden en tarieven. Hoewel over de precieze draagwijdte van deze bepaling enige twijfel mogelijk is, lijkt het ons duidelijk dat een wettelijk verbod op verticale integratie dusdanig kan ingrijpen in de invulling van het verzekerde pakket dat er strijdigheid is met deze bepaling. Een uitzondering is evenwel voorzien in artikel 54 lid 1 van de richtlijn dat is toegepast op zorgverzekeringen en in essentie inhoudt dat de lidstaat Nederland op dit terrein wettelijke bepalingen mag introduceren ter bescherming van het algemeen belang. Een eventueel verbod op verticale integratie dat de voorwaarden van de zorgverzekering beïnvloedt dient dus, net als de beperkingen op het vrij verkeer, door het algemeen belang gerechtvaardigd te zijn, hetgeen onder meer impliceert dat het verbod proportioneel moet zijn.

5.4 Maatregel van algemeen belang/proportionaliteit

Het algemeen belang criterium speelt daarom hoe dan ook een cruciale rol in de beoordeling van de vraag of een verbod op verticale integratie juridisch houdbaar is. Zowel ter zake van niet geharmoniseerde situaties bij de uitoefening van het recht van vrije vestiging of van het vrij verrichten van diensten, alsook onder de harmonisatierichtlijnen vanwege de specifieke problematiek van zorgverzekeringen onder de derde schaderichtlijn. Op deze gebieden hangt het niveau van wat als algemeen belang wordt beschouwd in de eerste plaats af van de beoordeling van de lidstaten, en kan dus van land tot land enigszins verschillen afhankelijk van de nationale tradities en de doestellingen van de lidstaten.

Bescherming van de volksgezondheid is, zoals hiervoor besproken, zonder enige twijfel een vereiste van algemeen belang waar de lidstaten een zekere beoordelingsvrijheid genieten. Echter, zoals ook door de Europese Commissie gesignaleerd in haar Mededeling, is voor de vraag die ons bezighoudt de belangrijkste voorwaarde dat de maatregel in verhouding staat tot het nagestreefde doel, i.e. dat het verbod voldoet aan de proportionaliteitseis.

Het volgt uit onze eerdere analyse dat onzes inziens een verbod niet noodzakelijk en niet proportioneel is. Er zijn immers minder vergaande instrumenten beschikbaar om het nagestreefde doel te bereiken. Voor zover, anders dan wij menen dat het geval is, de huidige wetgeving en het huidige toezichtkader toch tekort zouden schieten, is niet aangetoond dat er geen minder vergaande nieuwe regels denkbaar zijn om het doel alsnog te bereiken.

⁹⁹ Arrest van 25 juli 1991, zaak C-76/90, Sager.

¹⁰⁰ Arresten van 30 november 1995, Gebhard; 31 maart 1993 in zaak C-19/92, Kraus.

¹⁰¹ Vergelijk: (Gronden & Sluijs, 2009).

5.5 De Concentratieverordening nr. 139/2004/EG

De Verordening is op grond van artikel 1 van toepassing op alle concentraties¹⁰² met een “communautaire dimensie”¹⁰³. De Verordening zal vanwege de hoge drempels zelden van toepassing zijn op verticale integratie (die kwalificeert als “concentratie”) tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder die de Nederlandse zorgsector bedienen..

In die gevallen waarin de Verordening echter wel van toepassing zou zijn, is de Europese Commissie exclusief bevoegd. Artikel 21 van de Verordening bepaalt dat lidstaten hun nationale mededingingswetgeving niet mogen toepassen op concentraties met een communautaire dimensie. Lid 4 van dit artikel maakt daar echter een uitzondering op:

“... onverminderd de leden 2 en 3, kunnen de lidstaten passende maatregelen nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan die welke in deze verordening in aanmerking zijn genomen en die met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het Gemeenschapsrecht verenigbaar zijn”.

De openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de toezichtregels worden daarbij expliciet genoemd als gewettigde belangen. Ieder ander gewettigd belang moet door de betrokken lidstaat aan de Europese Commissie worden meegedeeld en door haar worden erkend nadat zij de verenigbaarheid ervan met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het gemeenschapsrecht heeft onderzocht, alvorens passende maatregelen kunnen worden genomen. De Europese Commissie zal in dat geval onderzoeken of het voorgestelde verbod op verticale integratie in overeenstemming is met de beginselen van proportionaliteit en non-discriminatie.

Het belang van de zorg behoort niet expliciet tot de gewettigde belangen van artikel 21 lid 4. Wel zou het potentieel als gewettigd belang kunnen gelden in het licht van algemene beginselen en het

¹⁰² Artikel 3 van de Concentratieverordening onderscheidt drie typen concentraties: 1) een fusie tussen twee onafhankelijke ondernemingen, 2) de overname van een onderneming door een andere onderneming (waarbij de zeggenschap overgaat) en 3) de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture) die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

¹⁰³ Artikel 1 lid 2 en 3 Concentratie verordening nr. 139/2004:

Lid 2. Een concentratie heeft een communautaire dimensie indien

- a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan € 5 miljard bedraagt, en
- b) ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan € 250 miljoen bedraagt, tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt.

Lid 3: Een concentratie die niet voldoet aan de in lid 2 vastgestelde drempels, wordt beschouwd als een concentratie met een communautaire dimensie indien

- a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan € 2,5 miljard bedraagt,
- b) de totale omzet die door alle betrokken ondernemingen in elk van ten minste drie lidstaten is behaald, meer dan € 100 miljoen bedraagt,
- c) in elk van de drie lidstaten die ten behoeve van letter b) in aanmerking zijn genomen, ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan € 25 miljoen bedraagt, en
- d) ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan € 100 miljoen bedraagt, tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt.

al eerder genoemde artikel 152 EG-Verdrag. Echter, ook dan geldt weer de proportionaliteitstoets, aan welke voorwaarde een verbod naar ons oordeel niet voldoet. Dit betekent dat een verbod op verticale integratie in elk geval niet van toepassing kan zijn op die situaties die kwalificeren als 'concentratie' met een 'communautaire dimensie'. Het zou meten met twee maten zijn en tot een ongewenste ongelijke behandeling leiden indien concentraties mét een communautaire dimensie niét en concentraties zónder communautaire dimensie wél aan een verbod tot verticale integratie zouden zijn onderworpen.

5.6 Conclusie

In de vorige hoofdstukken oordeelden wij dat een wettelijk verbod op verticale integratie niet noodzakelijk en niet proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid in de zorg. Immers, een wettelijk verbod is niet evenredig aan het nagestreefde doel. In dit hoofdstuk stonden wij stil bij de juridische haalbaarheid van een dergelijk verbod binnen het kader van het Europese recht in het geval toch zou worden besloten dit in te voeren.

Onze conclusie is dat zo'n verbod in strijd is met de relevante bepalingen van het Europees recht. De redengeving is in wezen dezelfde. De beperkingen die een verbod met zich meebrengt moeten worden gerechtvaardigd met een beroep op het algemeen belang, dat gelegen zou zijn in de bescherming van de volksgezondheid. Dit beroep stuit af op de proportionaliteitstoets omdat niet is aangevoerd dat minder ingrijpende alternatieven ontbreken.

Referenties

Baarsma, B. (2008). Fusietoezicht op Not for Profits. *TPE Digitaal*, 2 (4), 54-80.

Baarsma, B. (2006, Oktober 19). Verticale berperkingen: Presentatie VvM.

Baarsma, B., & Poort, J. (2009). Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: toepassing op het BIDS-arrest. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 15 (2), 50-58.

Beerepoot, C. (2006). *De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag*. Houten: Bohn Stafleu van Loghum.

Berg, M. v., Koopmanschap, M., Bakker, D. d., & Verheij, R. (2007). *Samenwerking en substitutie in Gezondheidscentrum West: Evaluatie van de eerste ervaringen met geïntegreerde eerstelijnszorg volgens het Menzis-model*. Nivel en Erasmus MC Institute for Medical Technology Assessment.

Bijlsma, M., & Shestalova, V. (2009). Fusies tussen zorgverzekeraars en ziekenhuizen. *ESB*, 94 (4556), 184-187.

Blank, J., Haelermans, C., Koot, P., & Putten, O. (2008). Schaal en zorg. *ESB*, 93 (4536), 326-3209.

Brandenburg, C. (2008). *A Transaction Cost Analysis of Dutch Hospital Care*. Rotterdam: Erasmus Universiteit.

Bruinsma, J. (2009, Januari 10). 'Kamer schiet in reflex bij redding Vlietland'; Column Ziekenhuisovername. *De Volkskrant*.

Bruinsma, J. (2007, November 21). Menzis opent vijf medische centra. *De Volkskrant*.

Bruinsma, J. (2007, December 19). Zorgverzekeraar Menzis slokt Azivo op. *De Volkskrant*.

Canoy, M., & Sauter, W. (2009). Ziekenhuisfusies en publieke belangen. *Markt en Mededinging*, 12 (2), 54-61.

CPB. (2008). *Vertical relationships between health insurers and healthcare providers*. Den Haag: Centraal Planbureau.

Dijk, T. v. (2009). Efficiëntieverbeteringen in concentratiecontrole. *Markt en Mededinging*, 12 (2), 83-88.

DNB. (2005). *Kwartaalbericht December 2005*. Amsterdam: DNB.

DNB. (2008, December 12). Prudentieel toezicht en verticale integratie: Rol van DNB.

Elgers, P., & Clark, J. (1980). Merger Types and Shareholder Returns: Additional Evidence. *Financial Management*, 9 (2), 66-72.

Europese Commissie. (2001, June 1). Mededeling van de Commissie houdende richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. 2001/C 3/02 .

Europese Commissie. (2008, Oktober 18). Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen. 2008/C 265/07 .

Everaers, J. (2008). *Vertical Relations in Healthcare: A framework to determine the effects of vertical relations in healthcare on consumer welfare*. Utrecht: NZa.

Gronden, J. W. (2004). *Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*. Deventer: Kluwer.

Gronden, J. W., & Stergiou, H. (2008). *Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht?* Den Haag: Raad voor de Volksgezondheid en Zorg.

Gronden, v. d., & Sluijs, J. (2009). *De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt, preadvies uitgebracht voor de vereniging voor Gezondheidsrecht, jaarvergadering 17 april 2009*. Den Haag: Sdu Uitgevers.

Halbersma, R. (2008, December 12). (Voordelen van) Verticale Samenwerking; Presentatie namens de NZa.

Hendriks, A., & Napel, H.-M. t. (2007). *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde: eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*. Deventer: Kluwer.

Hermans, B. (2009). Participatie van zorgverzekeraars in ziekenhuizen. *Zorg & Financiering*, 10-22.

Hermans, B. (2006). *Tekst en toelichting Zorgverzekeringswet*. Den Haag: SDU.

Janssen, M., Schep, K., & Sinderen, J. v. (2009). Fusies van ziekenhuizen: Het beoordelingskader van de NMa. *Markt en Mededinging*, 12 (2), 45-53.

Jellinghaus, S. (2003). *Monografieën Sociaal Recht: Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*. Deventer: Kluwer.

Kemperink, G. (2002). *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten: de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden en de SER-Fusiegedragsregels bij fusie- en overnametransacties*. Deventer: Kluwer.

Kiers, B. (2008, Oktober 29). Schenk: 'Geef NZa vetorecht bij fusietoezicht'. *ZorgVisie* .

Kloosterhuis, E. (2006, Oktober 12). Economische aspecten van het concentratietoezicht: Presentatie VvM.

Most, J. v. (2007). *De zorg of het geld: Natura en restitutie in de zorgverzekering*. Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

NMa. (2005). *Monitor Financiële Sector 2005: Inzichten van de NMa over de mededinging in de financiële sector*. Den Haag: NMa.

NZa. (2009). *Monitor Huisartsenzorg 2008: Analyse van het nieuwe bekostigingssysteem en de marktwerking in de huisartsenzorg*. Utrecht: NZa.

NZa. (2008). *Monitor Ziekenhuiszorg 2008: Een analyse van de marktontwikkelingen in het B-segment 2008*. Utrecht: NZa.

NZa. (2008). *Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2008: Ontwikkelingen beoordeeld door de NZa*. Utrecht: NZa.

NZa. (2008). *Thematisch onderzoek Zorgplicht: Hoe geven zorgverzekeraars invulling aan hun zorgplicht?* Utrecht: NZa.

NZa. (2009). *Visiedocument Zicht op toezicht: Uitgangspunten van effectief toezicht*. Utrecht: NZa.

NZa. (2008, Juni). *Zorgverzekeringsmarkt in cijfers; Dataset behorend bij 'Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2008'*. Utrecht.

Piersma, J. (2009, April 22). Raad van State vindt strengere fusietoets in de zorg niet nodig. *Het Financieele Dagblad* .

Piersma, J. (2009, Maart 10). Verzekeraar DSW: het gaat ons niet om macht maar om samenwerken. *Het Financieele Dagblad* .

Raad van State. (2009, Mei 6). Bijlage bij de brief van de Vice-President van de Raad van State van 17 april 2009. *Advies Raad van State omtrent fusietoezicht* .

Reerink, A. (2009, April 8). NMa onder vuur door fusie in zorg: Deskundigen bekritisieren toestaan fusie van Zeeuwse ziekenhuizen. *NRC Handelsblad* .

Rivas Zorggroep praat met Univé over fusie. (2008, Oktober 24). *De Volkskrant* .

Rosenberg, E. (2007, November 20). Alleen huisartszorg Menzis in Tiel. *NRC Handelsblad* .

RVZ. (2008). *Uitgavenbeheer in de gezondheidszorg*. Den Haag: Raad voor de Volksgezondheid en Zorg.

'Samenwerking MMC en CZ goed voor patiënt'. (2005, April 2). *Eindhovens Dagblad* .

Snoep, M., Schrijvershof, D., & Chamalaun, S. (2009). Zorgfusies getoetst: Een juridisch perspectief. *Markt en Mededinging* , 12 (2), 62-71.

Thieleman, M. (2007, November 15). Huisartsen regelen collectieve korting. *Algemeen Dagblad* .

Tirole, J. (1999). Incomplete Contracts: Where Do We Stand. *Econometrica* , 67(4) , 741-781.

Vektis. (2009). *Verzekerdenmobiliteit en Keuzegedrag 2009*. Zeist: Vektis.

Vermeulen, A. (2009, April 27). CZ wijst voorlopig geen voorkeursziekenhuizen aan. *Zorgvisie* .

Verzekeraar CZ in zorgcentrum. (2005, April 1). *De Volkskrant* .

Wansink, W. (2006, Juni 3). Gezondheidszorg: Huisarts in loondienst. *Elsevier* .

Wijk, N. v. (2009, Maart 20). 'Ik begrijp de commotie van politici niet zo goed'; bestuursvoorzitter Gerrit-Jan van Zoelen van het Vlietland Ziekenhuis in Schiedam. *ZorgVisie* .

Wijnbergen, S. v., & Schippers, E. (2009, Februari 2). Verzekeraars horen niet in ziekenhuizen. *NRC Handelsblad* .

Ziekenhuis Gorinchem wil samen met Uvit. (2009, Januari 6). *ZorgVisie* .

Zorginstellingen in zee met Vlietland Ziekenhuis. (2008, September 3). *AD/Rotterdams Dagblad* .

A. Instellingsbesluit



Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport

Besluit van de Minister van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport van 2009,
MC-U-2925512, houdende instelling van de
Commissie verticale integratie tussen
zorgverzekeraars en zorgaanbieders

Kenmerk
MC-U-2925512

Datum

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,

Gelet op artikel 2, eerste lid van de Wet vergoedingen adviescolleges en commissies;

Besluit:

Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

- a. *de minister*: de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport;
- b. *de Commissie*: de Commissie genoemd in artikel 2, eerste lid;
- c. *Verticale integratie*: in ieder geval
 - 1° het al dan niet na een juridische fusie, door de rechtspersoon van een zorgverzekeraar verlenen van zorg;
 - 2° rechtstreekse of middellijke bestuurlijke deelname van een zorgverzekeraar in een zorgaanbieder;
 - 3° rechtstreekse of middellijke financiële deelname dan wel andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder.

Artikel 2

1. Er is een Commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.
2. De Commissie heeft tot taak te onderzoeken in hoeverre een wettelijk verbod op de onder artikel 1 lid c genoemde vormen van verticale integratie, met uitzondering van een tijdelijke situatie die noodzakelijk is om aan de zorgplicht te voldoen, noodzakelijk en proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid in de zorg.

Artikel 3

1. De Commissie bestaat uit:
 - a. Mevrouw Barbara Baarsma te Amsterdam, tevens voorzitter;
 - b. De heer Eric van Damme te Tilburg;
 - c. De heer Theon van Dijk te WezembEEK-OPPem;
 - d. De heer Tom Ottervanger te Den Haag;
 - e. De heer Weijer VerLoren van Themaat te Overveen;



2. De leden, bedoeld in het eerste lid, worden benoemd en ontslagen door de minister.
3. Aan de leden wordt een vacatiegeld toegekend van €256,24 vergoeding per vergadering;
4. Aan de voorzitter wordt een vacatiegeld toegekend van €333,11 vergoeding per vergadering;
5. De minister draagt zorg voor het secretariaat van de Commissie. Het secretariaat is voor de inhoudelijke uitvoering van zijn taak uitsluitend verantwoording schuldig aan de Commissie.

Kenmerk
MC-U-2925512

Artikel 4

De Commissie stelt haar eigen werkwijze vast.

Artikel 5

De Commissie zendt uiterlijk 1 juni 2009 een rapportage omtrent haar bevindingen aan de minister.

Artikel 6

De archiefbescheiden van de Commissie worden na haar opheffing of, zo de omstandigheden daartoe eerder aanleiding geven, zoveel eerder, overgebracht naar het archief van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

Artikel 7


Dit besluit treedt terstond in werking en vervalt met ingang van 1 juni 2009.

Artikel 8

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit Commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.

Dit besluit zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

De minister van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport,


dr. A. Klink



Toelichting

Sinds in de zorg het beleid is ingezet om de vraag van cliënten centraal te stellen, hebben zorgverzekeraars en zorgaanbieders meer ruimte en verantwoordelijkheden gekregen. Dit heeft onder andere geleid tot allerlei nieuwe samenwerkingsvormen, waaronder samenwerkingsvormen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Daarbij kunnen diverse motieven een rol spelen. Sommige samenwerkingsverbanden worden ingegeven door de wens de kwaliteit van zorg te verbeteren, waarbij het mogelijk maken van ketengerichte benaderingen en meer aandacht voor preventie vaak worden genoemd. Samenwerking kan ook worden gezien als middel om kosten te besparen, efficiëntievoordelen te behalen, *knowhow* gezamenlijk te benutten en (sneller) te innoveren.

Kenmerk
MC-U-2925512

Over de voor- en nadelen van de verschillende samenwerkingsvormen tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders wordt uiteenlopend gedacht. Sommige nieuwe vormen roepen ook vragen op, en meer naarmate sprake is van verdergaande samenwerkingsverbanden. Tegen die achtergrond is in het spoeddebat Verticale integratie zorg van d.d. 11 maart 2009 de instelling aangekondigd van een Commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, mede naar aanleiding van de door de Tweede Kamer aangenomen motie Schippers c.s. (TK 2008-2009, 29 689, 236).

De Commissie heeft tot taak te onderzoeken in hoeverre een wettelijk verbod op verschillende vormen van verticale integratie, met uitzondering van een tijdelijke situatie die noodzakelijk is om aan de zorgplicht te voldoen, noodzakelijk en proportioneel is voor het borgen van de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid in de zorg. Daarbij gaat het om zorg zoals omschreven bij of krachtens de Zorgverzekeringswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten.

Gezien de strekking van de motie en het verloop van het spoeddebat onderzoekt de commissie in ieder geval:

- De haalbaarheid van een mogelijk wettelijk verbod binnen de kaders van het Europese recht en eventuele specifiek te adresseren uitvoeringsaspecten;
- De toereikendheid van bestaande wet- en regelgeving en het daarbij behorende toezicht, met het oog op het borgen van de publieke belangen.

Daarbij besteedt de commissie aandacht aan:

- De te onderscheiden verschijningsvormen van verticale integratie tegen de achtergrond van huidige en denkbare toekomstige ontwikkelingen, waaronder in ieder geval;
 - o het al dan niet na een juridische fusie door de rechtspersoon van de zorgverzekeraar verlenen van zorg;
 - o rechtstreekse of middellijke bestuurlijke deelname van een zorgverzekeraar in een zorgaanbieder en
 - o rechtstreekse of middellijke financiële deelname dan wel andere financiële betrokkenheid van een zorgverzekeraar bij een zorgaanbieder;
- Het belang van voldoende keuzevrijheid voor verzekerden, patiënten en cliënten;



- Het belang van voldoende toetreding van innovatief en concurrerend zorgaanbod;
- Mogelijke voordelen verbonden aan verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders (waaronder die verbonden aan het hebben van een eigen apotheek met het oog op het realiseren van een geneesmiddelenpreferentiebeleid);
- Mogelijke risico's verbonden aan verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, in het bijzonder vanuit het oogpunt van belangenverstremming (inclusief de positie van huisartsen in hun rol als verwijzers);
- Het risicoperspectief van een mogelijk 'verkavelingsscenario', waarin het zorg- en verzekeraarslandschap volledig is opgedeeld in een vier- of vijftal geïntegreerde structuren van zorgverzekeraars, aanbieders van medisch-specialistische zorg en eerstelijnszorg.
- De transparantie en de voorspelbaarheid voor marktpartijen van het toezicht, en besteedt daarbij in ieder geval aandacht aan de wijze waarop de toezichthouders (waaronder de Nederlandse Zorgautoriteit, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Nederlandsche Bank, en de Inspectie voor de Gezondheidszorg) invulling geven aan hun wettelijke bevoegdheden, inclusief de wijze van samenwerking.

Kenmerk
MC-U-2925512

De minister van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport,


dr. A. Klink

B. Soorten verticale beperkingen

Verticale beperkingen zijn overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer ondernemingen, in verschillende schakels van een bedrijfskolom, die voorwaarden stellen aan het kopen, verkopen of doorverkopen van goederen of diensten. In de economische literatuur¹⁰⁴ wordt een veelvoud aan verticale beperkingen onderscheiden, grofweg te onderscheiden in de vijf volgende categorieën:

1. Verticale prijsbinding
 - a) Adviesverkoopprijzen: leverancier stelt adviesprijzen op die door de distributeur bij wederverkoop gebruikt kunnen worden.
 - b) Maximumwederverkoopprijzen: leverancier legt maximumprijzen op aan de wederverkoper.
2. *Quantity fixing*
 - a) *Quantity forcing*: distributeur moet een minimale hoeveelheid afnemen van de leverancier.
 - b) *Quantity rationing*: distributeur mag niet meer dan een maximale hoeveelheid afnemen van de leverancier.
3. *Non-linear pricing*
 - a) Franchising: licenties op intellectuele-eigendomsrechten en knowhow voor gebruik en distributie van goederen/diensten. Franchisegever verleent commerciële/technische bijstand in ruil voor franchisevergoeding.
 - b) Progressieve kortingsystemen: naarmate de distributeur meer afneemt, ontvangt hij meer korting gemiddeld per product.
4. Exclusiviteitclausules
 - a) Merkexclusiviteit: verplichting of prikkel om slechts van één leverancier te kopen (geen doorverkoop/verwerking concurrerende goederen/diensten).
 - b) Alleenverkoop: leverancier verkoopt in een bepaald gebied slechts aan één distributeur (distributeur mag niet verkopen in gebieden van andere distributeurs).
 - c) Klantenexclusiviteit: leverancier verkoopt slechts aan één distributeur die doorverkoopt aan een bepaalde categorie van klanten (distributeur mag niet verkopen aan klantengroepen die zijn toegewezen aan andere distributeurs).
 - d) Exclusieve levering: leverancier levert slechts aan één afnemer in de Gemeenschap (bij intermediaire goederen: afname met het oog op een bepaald gebruik).
 - e) Selectieve distributie: vergelijkbaar met exclusieve afspraken (alleenverkoop), beperking aantal erkende distributeurs en wederverkoopmogelijkheden. Aantal wederverkopers hangt af van selectiecriteria. Selectiecriteria zijn gelieerd aan productkenmerken (veelal merkgoederen).

¹⁰⁴ Voor een overzicht zie Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices en Commission notice of 13 October 2000: Guidelines on vertical restraints [COM(2000/C 291/01)], (Baarsma, Verticale beperkingen: Presentatie VvM, 2006) en (Everaers, 2008, pp. 19-21).

5. *Tie-in/bundling*: leverancier stelt de verkoop van een bepaald product afhankelijk van de koop van een ander product (van de leverancier of van iemand die door de leverancier is aangewezen).

In sommige van deze verticale beperkingen is sprake van een financiële betrokkenheid (bijvoorbeeld in het geval van sommige exclusieve contracten of franchising) zodat deze beperkingen ook onder de in dit rapport gebruikte omschrijving van verticale integratie vallen.

Het (CPB, 2008) ziet in verticale fusies een groter gevaar voor anticompetitieve uitsluiting dan in verticale contracten.¹⁰⁵ Exclusiviteitscontracten zijn immers meestal tijdelijk van aard (vaak één jaar), verminderen de marktmacht van ziekenhuizen en wakkeren zodoende concurrentie aan, met efficiëntie- en kwaliteitsverbeteringen tot gevolg. Fusies hebben een permanent karakter en bieden derhalve niet dit voordeel van periodieke concurrentie om de markt.

¹⁰⁵ Een ander argument van het CPB ('sabotage' kan niet plaatsvinden bij contracten en 'exclusiviteit' is bij integratie waarschijnlijker dan bij contracten) vinden we minder sterk.

C. Inventarisatie verticale integratie in de zorg

Tabel C.1 Inventarisatie recente en aangekondigde verticale integratie in de zorg

Wie?	Wat?	Waar?	Bijzonderheden	Referenties
Menzis	Eigendom gezondheidscentra	Groningen en Arnhem	- Huisartsen in loondienst bij Menzis	(Berg, Koopmanschap, Bakker, & Verheij, 2007); (Wansink, 2006)
Menzis	Financiering gezondheidscentra	Tiel (5 GHC) en Houten (2 GHC)	- Financiering via de module 'geïntegreerde eerstelijnszorg' - Prestatieafspraken over minder doorverwijzing naar 2 ^e lijnszorg - Patiënten in Houten wordt een collectieve basisverzekering aangeboden	(Rosenberg, 2007); (Bruinsma, Menzis opent vijf medische centra, 2007); (CPB, 2008)
Menzis	Overname zorgverzekeraar Azivo, inclusief diens apotheek	Den Haag	- Eerdere fusiebesprekingen tussen Azivo en DSW mislukten	(Bruinsma, Zorgverzekeraar Menzis slokt Azivo op, 2007)
Agis	Collectieve verzekering via fonds met 25 huisartsen	Den Haag	- Huisartsen vertegenwoordigen circa 60 duizend patiënten	(Thieleman, 2007)
Agis	Financiering Gezondheidscentra Amsterdam-Zuidoost (GAZO)	Amsterdam	- Opgezet in 2002 - Huisartsen, fysiotherapie en apothekers	(Wansink, 2006)

Wie?	Wat?	Waar?	Bijzonderheden	Referenties
CZ	Orthopedisch Centrum Máxima, opgezet in joint venture (bv) met het Máxima Medisch Centrum	Veldhoven	<ul style="list-style-type: none"> - CZ had minderheidsbelang van “enkele tonnen”, ziekenhuis was grootaandeelhouder - CZ wilde nieuwe klanten werven door collectieve contracten af te sluiten met bedrijven - “MMC wordt preferred supplier van CZ” - “Alle patiënten kunnen er terecht, ongeacht hun verzekering” - Inmiddels zou CZ zijn aandeel hebben afgestoten i.v.m. behalen doelstelling: het van wegwerken v/d wachtlijsten 	(Verzekeraar CZ in zorgcentrum, 2005); ('Samenwerking MMC en CZ goed voor patiënt', 2005); (Bruinsma, 'Kamer schiet in reflex bij redding Vlietland'; Column Ziekenhuisovername, 2009); (Hermans, Participatie van zorgverzekeraars in ziekenhuizen, 2009)
DSW e.a.	Geplande overname, middels coöperatie, van het Vlietland Ziekenhuis	Schiedam	<ul style="list-style-type: none"> - DSW krijgt een belang van 40% in het ziekenhuis - Vrijwel alle huisartsen in de regio zijn verenigd in de coöperatie - Coöperatie omvat ook de verpleeghuizen van de Argos Groep, Frankeland Zorggroep en Zorgcombinatie Nieuwe Maas - Formeel wordt niet DSW maar Phoenix, een stichting die boven DSW hangt, mede-eigenaar van de coöperatie 	(Zorginstellingen in zee met Vlietland Ziekenhuis, 2008); (Wijk, 2009); (Piersma, Verzekeraar DSW: het gaat ons niet om macht maar om samenwerken, 2009); (Bruinsma, 'Kamer schiet in reflex bij redding Vlietland'; Column Ziekenhuisovername, 2009); (Hermans, Participatie van zorgverzekeraars in ziekenhuizen, 2009)
DSW	Financieel belang in 18 apotheken, financiering van 15 gezondheidscentra en een polikliniek van het Reinier de Graaff Ziekenhuis	Schiedam e.o.	<ul style="list-style-type: none"> - Verloopt via Phoenix, de stichting die boven DSW hangt. - Phoenix besteedt geen premiegelden maar winst uit andere activiteiten van DSW 	(Piersma, Verzekeraar DSW: het gaat ons niet om macht maar om samenwerken, 2009); (Bruinsma, 'Kamer schiet in reflex bij redding Vlietland'; Column Ziekenhuisovername, 2009)

Wie?	Wat?	Waar?	Bijzonderheden	Referenties
Uvit	Voorgenomen fusie met Rivas Zorggroep, conglomeraat van zorginstellingen	Gorinchem	- Uvit is een combinatie van Univé, VGZ en IZA	(Rivas Zorggroep praat met Univé over fusie, 2008); (Ziekenhuis Gorinchem wil samen met Uvit, 2009)
Zilveren Kruis	Eigendom gezondheidscentrum	Maarssebroek	- Inmiddels gesloten i.v.m. te weinig animo	(CPB, 2008)
Huisartsen Boxmeer	Financieel belang in commanditaire vennootschap die een apotheek exploiteerde	Boxmeer	- HR bevestigt op 25-4-2008 de uitspraak van het Hof in Den Bosch: constructie waarbij artsen winsten kunnen krijgen uit de exploitatie van een apotheek was in strijd met de toenmalige wetgeving - Onder dreiging van schadeclaim is financieel belang verkocht aan zittende apotheker	

D. Toezichtkader

Tabel D.1 Toezichtkaders verticale integratie en verticale beperking

Toezichthouder	Fusiegerelateerd toezicht	Wettelijke basis	Relevante artikelen
DNB	Prudentieel toezicht: soliditeit van financiële ondernemingen	Wet op het financieel toezicht (Wft), met daarachter Europese richtlijnen	Art. 1:24 Wft (soliditeit), art. 3:36 Wft (niet toegestaan nevenbedrijf), art. 8 Eerste Richtlijn 73/239/EEG
NZa	Ex ante toezicht op aanmerkelijke marktmacht (AMM)	Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg)	Art. 47 (definitie AMM), art. 48, lid 1 (oplegbare verplichtingen), art. 49 (vooruitlopen op art. 48 bij spoedeisende gevallen)
	Regels aan wijze van totstandkoming van, en voorwaarden in, ovk. tarieven/zorg	Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg)	Art. 45 Wmg
	Toezicht op geneesmiddelenvoorziening	Besluit Geneesmiddelenwet (BGW)	Art. 11 (belangenverstrengeling tussen arts en apothekhoudende)
	Zorgplicht: leveringsplicht	Zorgverzekeringswet (Zvw)	Art. 11 (zorgplicht), art. 13 (recht op vergoeding nietgecontracteerde zorg),
	Jaarlijks recht op wisselen van zorgverzekeraar	Zorgverzekeringswet (Zvw)	Art. 7, lid 1
NMa	Ex ante concentratietoets en ex post karteltoezicht en toezicht op misbruik economische machtspositie (EMP)	Mededingingswet (Mw)	Art. 6 (kartelverbod), art. 24 (verbod op misbruik EMP), art. 37 en 41 (concentratietoets)
Europese Commissie	Ex ante toets niet-horizontale fusies	Verordening (EG) van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (nr. 139/2004)	
	Europese mededingingsrecht	EG-Verdrag	Art. 81 en 82 EG-Verdrag
IGZ	Kwaliteitstoezicht	Kwaliteitswet zorginstellingen	Art. 2 (eis van verantwoorde zorg), art. 8 (toezicht hierop door IGZ)

E. Gesprekspartners

Toezichthouders:

- Mevr. A. Gommers (NMa)
- Dhr. R. Halbersma (NZa)
- Mevr. W. van Heesch (NMa)
- Dhr. A. Kleijweg (NMa)
- Dhr. W. Komrij (NZa)
- Dhr. M. Mikkers (NZa)
- Dhr. W. Sauter (NZa)
- Dhr. P. Schilp (DNB)
- Dhr. M.W. van Woerden (DNB)

(Vertegenwoordigers van) Marktpartijen:

- Dhr. W.S. Bijl (Multizorg/VRZ)
- Dhr. J.G. Breit (Verbond van Verzekeraars)
- Dhr. J. van Dalen (KNMP)
- Dhr. O. Gerrits (Achmea/Agis)
- Dhr. B. Hermans (NVZ)
- Dhr. Th. Hoppenbrouwers (ZN)
- Dhr. K. Rosmalen (LHV)
- Dhr. S. Veenstra (ASKA)
- Dhr. R. Wenselaar (Menzis/Azivo)

Tevens waren leden van de commissie verticale integratie aanwezig bij een bijeenkomst op 19 april bij het ministerie van VWS, waar naar aanleiding van een presentatie van Protiviti en Loyens & Loeff werd gediscussieerd over o.a. verticale integratie in de zorg. Bij deze bijeenkomst waren tevens mensen van CPB, DNB, IGZ, NMa, NZa en de ministeries van EZ, Financiën en VWS aanwezig.

