

Tilburg University

Marktwerking in de zorg

Sauter, W.

Publication date:
2009

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Sauter, W. (2009). *Marktwerking in de zorg: Toezicht, met oog op de consument*. Prisma Print.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Marktwerking in de zorg

Toezicht: met oog op de consument

Rede

In verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar op het terrein van “Marktordening gezondheidszorg” aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg (UvT), vanwege de Stichting Bijzondere Leerstoelen UvT, op vrijdag 6 februari 2009

door

Wolf Sauter

*Mijnheer de rector magnificus
Dames en heren*

Inleiding¹

Het overkoepelende thema vandaag is “marktwerking in de zorg”. Dat gold voor het seminar dat aan deze oratie vooraf ging en dat geldt voor beide oraties van vanmiddag. Marcel Canoy belicht dit thema als econoom, ik doe dat als jurist. Deze samenwerking is illustratief voor de wijze waarop binnen TILEC economen en juristen inspiratie bij elkaar opdoen. Als onderdeel van dit thema marktwerking in de zorg zal ik nader ingaan op toezicht in relatie tot het consumentenbelang, dus: “*Toezicht: met oog op de consument*”. Dit heeft als voordeel dat het allen hier aanwezig direct aangaat. Niet alleen zijn velen onder u toezichthouder op verschillende gebieden, maar u bent in alle gevallen ook zorgconsument.

(i) Het nieuwe zorgstelsel en de rol van de NZa

Na een korte schets van het nieuwe zorgstelsel ga ik in het eerste deel van mijn betoog in op de rol en de verschillende taken van de Nederlandse Zorgautoriteit, de NZa. Ik zal u maar meteen bekennen dat ik een persoonlijk belang bij deze NZa heb. Dit is namelijk mijn hoofdwerkgever. Voor de goede orde: ik spreek hier vandaag natuurlijk niet vóór of namens de NZa, maar onder het gezag van de Universiteit van Tilburg. Met deze rede verken ik dus ook in zekere mate het spanningsveld tussen bijzondere leerstoel en broodheer.

Maar nu terug naar het onderwerp.

(ii) Het algemeen consumentenbelang en het toezicht door de NZa

Ik zal in het tweede deel van mijn betoog, in vervolg op mijn schets van het nieuwe zorgstelsel en van de NZa, nader ingaan op de rol van het algemeen consumentenbelang in het toezicht door de NZa. Dit algemeen consumentenbelang kan worden geconcretiseerd in drie dimensies, te weten: toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit, die in beginsel meetbaar en daarom vergelijkbaar zijn. Bij de bespreking van het algemene consumentenbelang zal ik twee vragen aan de orde stellen:

- Welke rol speelt het consumentenbelang in de economische context van vraagsturing?
- Kan het behartigen van het algemeen consumentenbelang voor de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) een zelfstandige bron van legitimiteit vormen?

In beide gevallen gelden de vervolgvragen:

- Kan koersen op het algemeen consumentenbelang ertoe leiden dat het optreden van de NZa als passend wordt ervaren?
- Kan het ertoe bijdragen om het oordeel van de NZa beter te onderbouwen en te motiveren en daarom beter houdbaar te maken voor de rechter?

Een antwoord op deze vragen heb nog ik niet, en zeker geen volledig antwoord. Ik ben voornemens daarnaar de komende jaren onderzoek te doen en/of onderzoek daarnaar te begeleiden, en verder zal ik vandaag proberen op hoofdlijnen de richting aan te geven waarin ik verwacht dat de bevindingen zich zullen voordoen.

(iii) Het algemeen consumentenbelang en Europa

¹ Met dank aan Marcel Canoy, Leigh Hancher en Johan van Manen voor commentaar op een eerdere versie van deze tekst. Resterende fouten en opvattingen/misvattingen komen voor rekening van de auteur.

Het derde en laatste onderwerp, dat slechts beknopt aan de orde komt, is de Europese dimensie van het algemeen consumentenbelang in de zorg. Hierover heb ik inmiddels al het een en ander geschreven zodat ik daarnaar kan verwijzen. Het gaat mij er vandaag slechts om de relevantie van dit thema kort te benadrukken.

Het nieuwe zorgstelsel

Eerst geef ik nu een korte algemene inleiding over de inrichting en de achtergronden van het nieuwe zorgstelsel.

Naar een zelfregulerend systeem

Het nieuwe zorgstelsel dat tot stand kwam in 2006 is het product van geleidelijke invoering van gereguleerde marktwerking waarbij vooral aan de kant van de zorgaanbieders (zoals ziekenhuizen en AWBZ instellingen) tot nu toe nog meer sprake is van regulering dan van marktwerking. Eerder kende Nederland een systeem van aanbodsturing waarvan het falen tot uitdrukking kwam in politiek in toenemende mate onaanvaardbare wachtlijsten en schaarste en desondanks sterk stijgende zorguitgaven, die een belangrijke bijdrage vormden aan de zogeheten “puinhopen van paars”.² Het nieuwe zorgstelsel verving dit falende model door een systeem van vraagsturing. Het streven was daarbij een zoveel mogelijk zelfregulerend systeem te creëren. Deze intentie werd tijdens de aanloop naar de hervormingen als volgt aan de Kamer toegelicht:

“Samengevat komt de nieuwe rolverdeling neer op een versterking van de positie van de zorgvrager ten opzichte van de positie van de aanbieder en de verzekeraar, een versterking van de positie van de verzekeraar ten opzichte van de zorgaanbieders, en vergroting van de speelruimte voor de zorgaanbieders. De rol van de overheid is in die rolverdeling kaderstellend en toezichhoudend.”³

Er is dus bewust gekozen voor een systeem dat niet alleen meer vrijheidsgraden kent maar waarbij partijen elkaar in balans houden. Een systeem waarbij concurrentiedruk geschakeld plaatsvindt, c.q. wordt doorgegeven in de verschillende fasen van het proces tussen zorgverzekering, zorginkoop en zorgverlening. Met de inrichting van dit systeem was, behalve de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) die later aan bod komt, een aanzienlijk aantal nieuwe wetten en wetswijzigingen gemoed.⁴

Zorgverzekeringwet en prestatiebekostiging

De belangrijkste stap in de stelselwijziging was de invoering per 1 januari 2006 van een nieuw zorgverzekeringstelsel voor de curatieve zorg in de Zorgverzekeringwet (Zvw).⁵ Dit systeem is gebaseerd op vrije keuze van consumenten tussen zorgverzekeraars voor een wettelijk vastgestelde universele – dus voor alle consumenten verplichte – basisverzekering. De Zorgverzekeraars worden hierbij ingekaderd door een acceptatieplicht, een wettelijke zorgplicht en een risicovereveningssysteem. Dit laatste beoogt ter ondersteuning van de acceptatieplicht wel slechte verzekeringsrisico's te verevenen, maar falend inkoopbeleid niet. Zorgverzekeraars worden dus gecompenseerd voor het verzekeren van consumenten met een

² E.J. Bomhoff, *Blinde ambitie. Mijn 87 dagen met Zalm, Heinsbroek en Balkenende* (Balans, Amsterdam 2002).

³ Vraag aan bod: hoofdlijnen van vernieuwing van het zorgstelsel, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 855, nr. 2, blz 22.

⁴ Wet Herziening overeenkomstenstelsel zorg (Wet HOZ), Stb 2005, 27; WTG ExPres, Stb. 2005, 24; Wet toelating zorginstellingen (WTZi), Stb 2005, 571; Zorgverzekeringwet (Zvw), Stb 2005, 649, Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), Stb 2006, 415.

⁵ Hamilton, “Totstandkoming en invoering van de zorgverzekeringwet”, (2006) *Zorg en Financiering* 12.

hoog risicoprofiel – dit om te voorkomen dat ze zullen proberen om alleen gezonde consumenten te verzekeren (ook wel averechtse selectie genoemd: *adverse selection*). Zo zou risicoverevening gezonde concurrentie op de merites (zoals op zorginkoop en sturen op resultaten) tussen deze zorgverzekeraars mogelijk zou moeten maken.⁶

Deze zorgverzekeraars zouden vervolgens druk moeten uitoefenen op aanbieders om beter te presteren, in een systeem van prestatiebekostiging waar aanbieders enerzijds risico dragen maar anderzijds meer vrijheid krijgen om prijzen te stellen en te investeren. Dit komt in plaats van de bestaande budgetfinanciering waar (macro-)tekorten worden versleuteld over alle aanbieders en/of aangevuld, en waarin slecht presterende aanbieders met extra financiering kunnen worden beloond terwijl beter presterende aanbieders met kortingen worden gestraft. Het zou eenieder duidelijk moeten zijn dat we daar vanaf moeten. Prestaties worden daartoe (tot nu toe met beperkt succes) omschreven in diagnose behandelcombinaties (DBC's). Voor een deel van de ziekenhuiszorg (nu ongeveer 20%, er wordt gestreefd naar meer dan 30% in 2009) en van de zorg verstrekt door de vrije beroepen (zoals fysiotherapeuten en diëtisten) gelden nu al vrije prijzen. Veel is dus afhankelijk van de prestatiebekostiging: je zou kunnen stellen dat de invoering daarvan de volgende grote stap in de stelselherziening is. Als dit slaagt, wordt meer marktwerking haalbaar eenvoudigweg omdat partijen onderling prestatiespecifiek kunnen contracteren. Dan zijn de precieze modaliteiten van regulering – hoe fascinerend ook voor de direct betrokkenen – van minder belang.

AWBZ en andere wetswijzigingen

Voorts kent de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) sinds 1 april 2003 functiegerichte aanspraken en sinds 1 september 2004 opheffing van de contracterplicht voor extramurale zorg (voor intramuraal bestaat deze nog wel). De curatieve geestelijke gezondheidszorg (GGZ) is met ingang van 2008 overgeheveld naar de Zvw en de aanspraken voor hulp en ondersteuning zijn vanuit de AWBZ overgeheveld naar de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) die wordt uitgevoerd door de gemeenten.⁷ Ook binnen de AWBZ wordt gewerkt aan prestatiegerichte financiering door het invoeren van zorgzwaarte pakketten (ZZPs) in 2009 en 2010. Op het moment wordt verder onder meer nog gewerkt aan het buiten werking stellen van het bouwregime voor instellingen (en uiteindelijk aan het afschaffen van de wet toelating zorginstellingen (WTZi)),⁸ het invoeren van een zorgconsumentenwet: de zogenaamde Wet cliëntenrechten zorg,⁹ aan de liberalisering van de tarieven voor apothekhoudenden (per 2010/2011) en van de opleidingen voor medische specialisten. Het verbod op winstuitkering en de verplichting tot het behoud van vermogen in de zorg voor WTZi instellingen staan voorts met enige regelmaat ter discussie.

⁶ Ministerie van VWS, *Beschrijving van het risicovereveningssysteem van de zorgverzekeringswet* (Rapport van 1 augustus 2007)

<http://www.minvws.nl/rapporten/z/2007/beschrijving-van-het-risicovereveningssysteem-van-de-zorgverzekeringswet.asp>; Herziening Zorgstelsel, brief van de Minister van VWS van 26 september 2008, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 29 689, nr. 222.

⁷ Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), Stb 2006, 251. De Wmo is van kracht sinds 1 januari 2007 en verving de Welzijnswet, de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG) en delen van de AWBZ.

⁸ Per 2008 voor ziekenhuizen en per 2009 voor de AWBZ; hierbij wordt vooral nog geworsteld met de nadeelcompensatie voor instellingen die hierdoor onevenredig zwaar worden getroffen. Advies Commissie nadeelcompensatie, *Ondernemen, maar met zorg*, 30 september 2008.

⁹ Patiënten- en cliëntenrechten, brief van de minister van VWS van 23 mei 2008, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 476, nr. 1; VWS Beleidsagenda 2009, p 25 (16 september 2008). Ten Hoopen, “Wet cliënt en kwaliteit van zorg: een heilzame operatie?”, (2008) *NJB* 1990.

Het nieuwe zorgstelsel is dus nog volop in beweging. Daarnaast geldt natuurlijk dat tijdens de verbouwing de verkoop door gaat. De zorg moet ononderbroken worden geleverd. Alle betrokkenen staan dan ook voor een behoorlijke uitdaging. Dit geldt niet in de laatste plaats voor de toezichthouders.

Toezicht in het nieuwe zorgstelsel

Bij marktwerking in de zorg gaat het niet om vrije – dus ongereguleerde – markten, maar om gereguleerde marktwerking, waarin publieke belangen door de overheid worden behartigd.¹⁰ Marktwerking in de zorg is ook geen doel op zich maar een middel dat dient om de gezondheidszorg doelmatiger en effectiever te maken. Bovendien doen zich op zorgmarkten allerlei vormen van marktfalen (*market failure*) voor: averechtse selectie is al genoemd. Daarnaast spelen marktmacht, informatieasymmetrie, externaliteiten (dus positieve of negatieve gedragseffecten op derden) en moreel risico (*moral hazard*) waarbij de kosten van onverantwoord gedrag worden afgewenteld op derden. U zou hierbij tegenwoordig bijvoorbeeld kunnen denken aan banken. Toezicht is een van de wijzen waarop wordt geprobeerd dergelijk marktfalen te compenseren en om de publieke belangen in de zorg te behartigen. (Andere vormen zijn het stellen van wettelijke eisen, zoals de zorgplicht en de verzekeringsplicht, en minimumeisen, zoals aan kwaliteit-, en toetredingseisen, zoals opleidingseisen.)

Ook het toezicht in het nieuwe zorgstelsel kent een aantal belangrijke veranderingen.¹¹ Het College voor Zorgverzekeringen (CVZ) is omgevormd tot pakketbeheerder en beheerder van het risicovereveningssysteem van de ziektekostenverzekeraars. Het College Toezicht Zorgverzekeraars (CTZ) en het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG) zijn samengevoegd tot de NZa als sectorspecifiek markttoezichthouder voor de zorg. Bepaalde taken van het CTZ zijn overgegaan naar De Nederlandsche Bank (DNB: vergunningen en solvabiliteit) en naar de Autoriteit Financiële Markten (AFM: gedragstoezicht) – het aanbieden van een ziektekostenverzekering is immers een financiële dienst en valt daarom onder het toezicht op financiële markten. De Inspectie voor de Volksgezondheid (IGZ) die onderdeel uitmaakt van het ministerie van VWS heeft haar taken als kwaliteitstoezichthouder behouden en zal deze uitgebreid zien in de Wet cliëntenrechten zorg.

Een tweetal andere toezichthouders in de zorg verdwijnt in de nabije toekomst geheel in het kader van een voorgenomen herziening en gedeeltelijke intrekking van de Wet toezicht zorginstellingen (Wtzi)¹²: het College Sanering Zorginstellingen (CSZ) en het College Bouw Zorginstellingen (CBZ).¹³ Voor zover een deel van de taken van deze ZBO's resteert onder nieuwe regelgeving, zullen deze bij de andere toezichthouders als de IGZ en de NZa worden belegd. Er zal in de beoogde eindsituatie in het nieuwe zorgstelsel dan ook sprake zijn van drie afzonderlijke bestuursorganen die specifiek toezicht houden op de zorg: de NZa, het CVZ en de minister van VWS (inbegrepen IGZ). Daarnaast is de NMa als algemene

¹⁰ F.T. Schut, *De zorg is toch geen markt? Laveren tussen marktfalen en overheidsfalen in de gezondheidszorg*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, 9 mei 2003.

¹¹ Herziening zorgstelsel, brief van de Minister van VWS van 27 mei 2005, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29 689, nr. 7.

¹² Reeds eerder verdween de Stichting Uitvoering Omslagregeling (SUO), die uitvoerder was van de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen (WTZ) en de Wet medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden (MOOZ).

¹³ Met zorg ondernemen, brief van de Minister van VWS van 9 juli 2007, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 27 659 en 29 248, nr. 84, blz 4 (uiterlijk per 1 januari 2010).

mededingingstoezichthouder actief met betrekking tot de zorg.¹⁴ Tenslotte geldt de Consumentenautoriteit als algemene toezichthouder voor het behartigen van collectieve consumentenbelangen in contractuele verhoudingen tussen consumenten en bedrijven.¹⁵ De AFM en DNB heb ik al genoemd.

Er is in het nieuwe zorgstelsel dus sprake van een complex veld van verschillende toezichthouders met aangrenzende en soms overlappende bevoegdheden, met daarin een centrale rol voor de NZa. Ik ga nu over tot het beschrijven van de toezichthoudende functie van de NZa, alvorens verder te spreken over de rol van het consumentenbelang daarbij.

Het toezicht van de NZa

Ook de oprichting van de NZa moet gezien worden als het resultaat van de politieke wens om de eerdere centrale aanbodsturing te vervangen door de eerder genoemde *gereguleerde* marktwerking.¹⁶ Het was duidelijk dat fijnmazige regulering haaks zou staan op de wens om het initiatief steeds meer in handen van marktpartijen te leggen. Het algemene mededingingstoezicht door de NMa werd tegelijkertijd door de wetgever onvoldoende geacht, omdat de NMa niet de benodigde instrumenten zou hebben om op zorgmarkten concurrentie te stimuleren en op gang te brengen waar deze nog niet bestond. Het sectorspecifieke toezicht van de NZa vormt in dit verband dus zowel een alternatief voor gedetailleerde regelgeving vooraf,¹⁷ als voor de toepassing van algemeen mededingingstoezicht achteraf. Zo werd met het instellen van de NZa de flexibiliteit van toezicht met doelgerichtheid op de zorg gecombineerd.

Taken van de NZa

De centrale rol van de NZa is verankerd in de Wmg. Het bijbehorende speelveld van de NZa is de zogenaamde “zorgdriehoek” tussen consumenten, zorgaanbieders, en zorgverzekeraars. De onderlinge verbanden tussen deze drie partijen leiden tot drie (groepen) markt(en): zorginkoopmarkt(en), zorgverleningsmarkt(en) en zorgverzekeringsmarkt(en).

Samenvattend kunnen de taken van de NZa in de volgende vijf categorieën worden ingedeeld.¹⁸

1. Markttoezicht en marktontwikkeling ten aanzien van de eerder genoemde zorgdriehoek (zie figuur 1). Dit geldt bijvoorbeeld het sectorspecifieke mededingingstoezicht ten aanzien van partijen met aanmerkelijke marktmacht

¹⁴ Zorgfusies vormden in de periode 2005-2008 een significant percentage van het totale aantal fusies dat de NMa heeft beoordeeld (in absolute aantallen gaat het om meer dan 100 zorgfusies). Daarnaast heeft de NMa formele besluiten genomen ten aanzien van een aantal vormen van mededingingsbepurende afspraken in de zorg, en Richtsnoeren met betrekking tot de zorg (2002 en 2007) gepubliceerd.

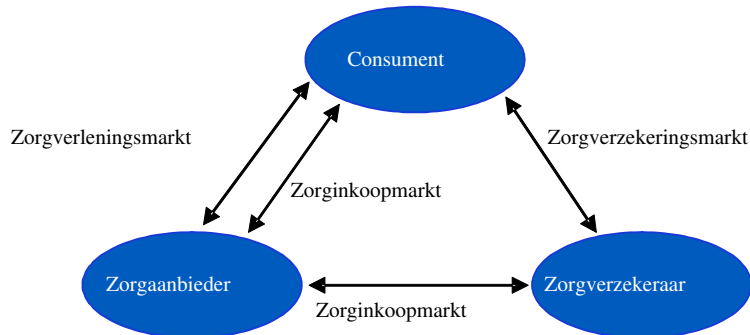
¹⁵ Van collectieve belangen is sprake als de belangen van een aantal consumenten zijn geschaad: de Consumentenautoriteit treedt niet op in het belang van individuele consumenten. Ter handhaving heeft zij zowel privaatrechtelijke (verzoekschrift aan het Gerechtshof den Haag) als bestuursrechtelijke (boetes en last onder dwangsom) bevoegdheden. Wet handhaving consumentenbescherming, Stb 2004, 591; Wet oneerlijke handelspraktijken (Wet OHP), Stb 2008, 397. Cf. Richtlijn 2005/29/EG (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) Pub EG 2005 L149/22; en Verordening 2006/2004/EG (“Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming”) Pub EG 2004 L364/1.

¹⁶ Oprichting zorgautoriteit, brief van de Minister van VWS van 27 mei 2005, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 324, nr. 3; De Nederlandse Zorgautoriteit: marktmeester is wording. Visie van de Minister van Volksgezondheid op de Nederlandse Zorgautoriteit.

¹⁷ Memorie van toelichting Wmg, Tweede kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr. 3, blz 2.

¹⁸ Algera en Sluijs, “Marktordening in de gezondheidszorg”, (2007) *SEW* 177; Aarts, “Aspecten van toezicht handhaving en geschilbeslechting onder de Zorgverzekeringwet”, (2005) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 98.

(AMM), de bevoegdheid om ter bevordering van de inzichtelijkheid van, of van de concurrentie op, zorgmarkten in te grijpen in overeenkomsten tussen partijen, het opvragen en verstrekken van informatie ter bevordering van de transparantie, en het monitoren van marktontwikkelingen om de Minister te adviseren of eigen beleid te informeren.



Figuur 1: de “zorgdriehoek”

2. Tarief- en prestatieregulering – het vaststellen van prijzen en budgetten en het mogelijk maken van onderling declaratieverkeer tussen marktpartijen in de zorg.
3. Toezicht op de rechtmatige uitvoering door zorgverzekeraars van de Zvw, in het bijzonder de naleving van de zorgplicht, de acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie.
4. Toezicht op de rechtmatige en doelmatige uitvoering van de AWBZ.
5. Gevraagd en ongevraagd advies aan de Minister aangaande marktontwikkelingen in de zorg (en het daarop te voeren beleid: ook wel *advocacy*).

Behalve beleidsregels (die alleen de NZa zelf binden) kan de NZa over een aantal onderwerpen ook (nadere) regels vast stellen, bijvoorbeeld administratievoorschriften en declaratiebepalingen, en over het bekendmaken van tarieven en specificeren van prestaties en diensten. Het kan echter ook gaan over de voorwaarden in en de wijze van tot stand komen van overeenkomsten met betrekking tot zorg en/of tarieven waarin de NZa op deze wijze veranderingen kan opleggen ten bate van de inzichtelijkheid en de bevordering van de concurrentie.¹⁹ Deze regels zijn bindend voor alle betreffende marktpartijen – bijvoorbeeld voor alle zorgaanbieders.

Verder kan de NZa partijen met AMM – zeg maar een economische machtspositie die hen in staat stelt zich onafhankelijk van andere marktpartijen, en uiteindelijk van de consument, te gedragen – passende verplichtingen opleggen. Deze verplichtingen reiken van non-discriminatie tot individuele prijsregulering op basis van de onderliggende kosten. Met deze bevoegdheden ten aanzien van AMM en tot het ingrijpen in overeenkomsten en de wijze van tot stand komen daarvan is de NZa dus ook een sectorspecifieke *mededingingstoezichthouder*.²⁰

¹⁹ Zo bereidt de NZa een regel voor over de voorwaarden voor toegang tot elektronische netwerken met betrekking tot zorg, waaronder elektronisch verwijzen en het uitwisselen van patiënten- en medicatiegegevens.

²⁰ Sauter, “Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg”, (2007) *Markt en Mededinging* 3.

De NZa kan tenslotte van en ten behoeve van eenieder informatie opvragen, en handhavend optreden door middel van het geven van een aanwijzing, en het opleggen van een bestuurlijke boete en/of een last onder dwangsom.

Een cumulatie van functies

In een functionele indeling zouden vijf verschillende soorten taken van de NZa te onderscheiden zijn: regulering, toezicht, handhaving, uitvoering en advisering. Op grond hiervan kan de NZa gekenschetst worden als een echte *regulator* of als toezichthouder in brede zin van het woord: als “markttoezichthouder” of “marktmeester”.²¹ Zoals blijkt uit het volgende citaat (uit de reactie van Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) op het advies van de Raad van State over de Wmg) werd deze cumulatie van functies binnen de NZa als nuttig gezien om een integrale visie te bevorderen door het toezicht in één hand te leggen.²²

“De gezondheidszorg staat aan het begin van een veranderingsproces dat de nodige tijd zal nemen en dat om behoedzaamheid vraagt. Het introduceren van meer marktelementen kan niet overal in dezelfde mate of hetzelfde tempo. De zorginkoopmarkt, de zorgverzekeringsmarkt en de zorgverleningsmarkt beïnvloeden elkaar sterk; daarbinnen verkeren de verschillende deelmarkten in verschillende stadia van ontwikkeling. In een dergelijke complexe situatie is een *sectorspecifieke, integrale benadering in het toezicht noodzakelijk.*”²³

Dit ondanks de kritiek van de Raad van State op het wetsvoorstel van de Wmg waarin zij de combinatie van regulerende en toezichthoudende taken onwenselijk noemde en van mening was dat door de betrokkenheid van de NZa bij de zorgmarkten van onafhankelijk toezicht geen sprake kon zijn.²⁴ Er is ook uit meer praktisch oogpunt sprake van spanning tussen de toezicht- en reguleringsfuncties.

Enerzijds vindt namelijk horizontale afstemming met belanghebbende partijen (*stakeholders*) plaats over reguleringsmodellen, anderzijds bestaat een verticale gezagsrelatie die het draagvlak voor deze afstemming kan ondermijnen. Omgekeerd bestaat het risico dat dit verticale gezag zodanig door de overlegrelatie kan worden overwoekerd dat het toezicht gecompromitteerd wordt. Er is dus sprake van een ongemakkelijk huwelijk tussen polderen en de autoriteitsfunctie. Dit kan slechts gedeeltelijk worden ondervangen door het inrichten van een afzonderlijke directie toezicht, zoals de NZa voornemens is.

De vanuit een oogpunt van rechtsstatelijkheid onwenselijk geachte cumulatie van functies geeft aanleiding tot de vraag of deze inderdaad noodzakelijk was voor de effectiviteit van de NZa en of de taken van de NZa inderdaad complementair zijn, of juist gescheiden zouden moeten worden gehouden. Bij effectiviteit kan worden gedacht aan meetbare effecten in het

²¹ Verhey en Verheij, “De macht van de marktmeesters”, in A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, *Toezicht, preadviezen voor de Nederlandse Juristen Vereniging* (Kluwer, Deventer 2005) blz 157; Van de Meulen, “Marktautoriteiten: aanzet tot een interne rechtsvergelijking”, in B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten, VAR-preadviezen, VAR-reeks 130* (Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2001) blz 25.

²² Eveneens over dit thema: De Die, “Toezicht op toezicht: feit of fictie?”, (2005) *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 280-280; Meersma en VerLoren van Themaat, “Het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg” (2005) *NJB* 2084.

²³ Advies Raad van State en nader rapport, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr. 4, blz 4 (cursivering toegevoegd, WS).

²⁴ *Ibid.*, blz 1, 4 en 6. Cf. P. Eijlander *et al.* (red), *Dilemma's rond toezicht: Opstellen over de werking van toezichtsarrangementen* (Sdu, Den Haag 2002).

bijzonder ten bate van het algemeen consumentenbelang. De evaluatie van de NZa in 2010 vormt een eerste ijkpunt ten aanzien van dit onderwerp. Voorts rijst in deze context de vraag of en zo ja op welke wijze de NZa de Minister van VWS in staat stelt om ten aanzien van haar verschillende taken aan de eisen van zijn ministeriële verantwoordelijkheid te voldoen, en welke toets de bestuursrechter ten aanzien van die verschillende taken van de NZa hanteert. Ik zal hierop niet direct nader ingaan maar in het tweede deel – dat over het algemeen consumentenbelang – wel enkele suggesties doen. Hierbij is de vorm van de NZa van belang.

De NZa als ZBO

De NZa is namelijk niet alleen een regulator of marktmeester, maar kent ook de vorm van zelfstandig bestuursorgaan. De reden om de Zorgautoriteit als ZBO gestalte te geven is door (toenmalig) Minister Hoogervorst van VWS als volgt weergegeven:

“De minister van VWS is (...) zelf te zeer partij in de sturing van de zorg om de zorgautoriteit als dienstonderdeel van het ministerie te kunnen laten functioneren zonder afbreuk te doen aan haar gezag, daadkracht en onafhankelijkheid. De beslissingen van de zorgautoriteit in individuele zaken dienen niet door de politiek te worden getoetst, maar door de rechter.”²⁵

Hiermee wordt duidelijk dat hier het eerste van de volgende drie instellingsmotieven uit de aanwijzingen voor de regelgeving doorslaggevend is geweest:

- *behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid*
- sprake van strikt regelgebonden uitvoering in een veelvoud aan individuele gevallen
- en/of participatie van maatschappelijke organisaties.²⁶

De minister van VWS kan de NZa algemene aanwijzingen geven (ten aanzien van veel besluiten van de NZa – zoals het vaststellen van een nieuwe tariefvorm of van vrije tarieven – is een voorafgaande aanwijzing zelfs verplicht)²⁷ en besluiten van algemene strekking van de NZa schorsen en vernietigen.²⁸ Zoals al genoemd vindt in 2010 (vier jaar na haar instelling) een evaluatie van het functioneren van de NZa plaats, en van de vraag of en, zo ja, wanneer deze moet worden “ingevaren” als kamer bij de NMa (om een vergelijkbare status te krijgen als de Vervoerkamer en de DTe).

De NZa en haar omgeving

Behalve de verhouding tot de Minister zijn de volgende drie aspecten van de bestuurlijke en institutionele omgeving van de NZa in het bijzonder relevant voor haar rol als markttoezichthouder voor de zorg:

²⁵ Oprichting zorgautoriteit, brief van de Minister van VWS van 10 september 2004, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 324, nr. 3, blz 20.

²⁶ Zie ook het kabinetsstandpunt ten aanzien van de aanscherping van de instellingsmotieven en ten aanzien van de ministeriële verantwoordelijkheid in Zelfstandige bestuursorganen, brief van de Minister voor bestuurlijke vernieuwing en koninkrijksrelaties van 26 mei 2005, Tweede kamer, vergaderjaar 2004-2005, 25 268, nr. 20. Eerder: aanwijzingen voor de regelgeving, Circulaire van de Minister President van 18 november 1992, aanwijzing 124a tot en met 124z (vooral 124c). Later: Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, Stb 2006, 587.

²⁷ Aanwijzingen kunnen betrekking hebben op de werkwijze en de uitoefening van de taken van de zorgautoriteit, en de onderwerpen waaromtrent de zorgautoriteit op grond van de Wmg regels of beleidsregels heeft vastgesteld en kan vaststellen. Artikel 7 eerste lid Wmg.

²⁸ De gronden voor vernietiging zijn strijd met het recht of het belang van de volksgezondheid. Artikel 9 eerste lid Wmg.

1. Relatie met de NMa: als sectorspecifieke mededingingsautoriteit volgt de NZa de uitleg van de NMa van algemene mededingingsbegrippen maar bij samenloop heeft de NZa in beginsel voorrang.²⁹ Dit geldt niet alleen ten aanzien van het AMM instrument, maar ook ten aanzien van de overige bevoegdheden van de NZa zoals ten aanzien van het stellen van regels voor de voorwaarden in en de wijze van tot stand komen van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven. Op grond van het samenwerkingsprotocol met de NMa brengt de NZa in zorgfusies zienswijzen uit over de effecten op de publieke belangen toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit. Dit kan worden gezien als een vertaling van het algemeen consumentenbelang dat ook het algemene mededingingsrecht – zonder een soortgelijke specifieke opdracht – dient. Op dit moment speelt de vraag of de algemene toets zoals de NMa die uitvoert in zorgfusies eigenlijk wel toereikend is, hoe de verschillende publieke belangen tegen elkaar zouden moeten worden afgewogen, en in het bijzonder wat de rol is van kwaliteit in het doelmatigheidsverweer en het reddingsfusieverweer.³⁰ Omdat daarop is op het seminar van vanmiddag uitgebreid is ingegaan zal ik dat hier niet doen. Voorts spelen algemene vragen over de verhouding tussen sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht zoals ten aanzien van de vraag of het eerste tijdelijk zou moeten zijn, de samenhang van taken, de verhouding tussen ingrijpen *ex ante* en *ex post* (en naar aanleiding van welk criterium).³¹
2. Relatie met IGZ: de NZa volgt het oordeel van IGZ ten aanzien van kwaliteit,³² maar oordeelt zelf over de verhouding prijs/kwaliteit,³³ en heeft de bevoegdheid om de transparantie van kwaliteit te bevorderen (en daartoe regels te stellen). Dit kan ondermeer inhouden dat de NZa op grond van haar algemene bevoegdheden kwaliteitsinformatie verzamelt en openbaar maakt, of laat maken, of partijen oplegt informatie aan derden te verstrekken. In haar zienswijzen aan de NMa in fusiezaken baseert de NZa haar oordeel ten aanzien van kwaliteit eveneens op dat van de IGZ. Ook op dit front is de vraag of de huidige praktijk houdbaar is, in het bijzonder zolang er geen methode is ontwikkeld om kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid tegen elkaar af te wegen in die gevallen waarin de effecten op de drie publieke belangen een verschillende kant uitwijzen. In het ontwerp van de eerder genoemde Wet cliëntenrechten zorg tenslotte krijgt de IGZ tenslotte de taak om toezicht te houden op cliëntenrechten ten aanzien van kwaliteit.

Het is duidelijk dat het algemene consumentenbelang ten aanzien van deze onderwerpen steeds een rol speelt. In de tweede helft van deze rede zal ik ook vooral daarop ingaan. Eerst volgt een korte kanttekening over de Europese dimensie:

²⁹ Artikel 18 lid 4, respectievelijk lid 1 en lid 3 Wmg.

³⁰ Canoy, “Gekrakeel over zorgfusies terecht”, (2008) *Markt en Mededinging* 113.

³¹ Algera en Sluijs, hierboven noot 18; Van Damme en Eijlander, “Toezicht op marktwerking: Algemeen of specifiek?”, in H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red), *Toezicht en regulering van nieuwe markten: opstellen over de juridische aspecten van regulering*, (Sdu, Den Haag 2000), blz 53; Meijer, “Concurrerende zorg, concurrerende autoriteiten”, (2005) *Markt en Mededinging* 206; Schillemans, “Algemeen en sectorspecifiek mededingingsrecht: blauwachtig grijs en grijsachtig blauw?”, (2007) *Markt en Mededinging* 12; Steyger, “Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk”, (2006) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2.

³² Artikel 19 Wmg.

³³ Memorie van toelichting Wmg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr. 3, blz 56.

3. Europa: een ander markant aspect is dat de NZa geen sectorspecifiek Europees kader kent, en dat vergelijkbare toezichthouders elders in Europa tot nu toe ontbreken.³⁴ In dit opzicht is de NZa uniek onder de markt- en gedragstoezichthouders in Nederland. De keerzijde is dat de NZa in Europa geen netwerk van collega-toezichthouders heeft, geen directe relatie met de Europese Commissie onderhoudt, en dus ook niet betrokken is bij de *peer review* en *best practice based* leerprocessen en de steeds fijnmaziger coördinatiemechanismen die in dergelijke netwerken ontstaan.³⁵ Daar staat tegenover de NZa op het gebied van het markttoezicht op de zorg wel een voortrekkersrol vervult, en bovendien vanzelfsprekend steeds onderworpen is aan de algemene eisen van het Europees recht (zoals ten aanzien van staatssteun, vrij verkeer en mededinging³⁶). Daar wordt niet steeds actief op ingespeeld. Om de gedachten te bepalen wijs ik in deze context bijvoorbeeld op de verplichting van de NZa om nationale wet- en regelgeving buiten toepassing te laten wegens strijd met het mededingingsrecht: de uurtarieven van de medisch specialisten komen op dit punt in ieder geval bij mij in gedachten.³⁷ In het derde en laatste deel van deze rede zal ik nog kort terugkomen op twee invalshoeken van waaruit de relevantie van Europa ten aanzien van het algemeen consumentenbelang verder kan toenemen.

Met dit overzicht van het nieuwe zorgstelsel en de rol van de NZa daarin zijn we dan aangeland bij de bespreking van de verhouding die de NZa als toezichthouder heeft tot het algemene consumentenbelang.

De NZa en het consumentenbelang

Zoals eerder gesteld is de belangrijkste verandering van het nieuwe zorgstelsel dat het beoogt de vraag centraal te stellen, en daarmee de consument als vragende partij. Op dit punt valt de heersende economische opvatting (dat vraagsturing wenselijk is) dus samen met een breder levende politieke tendens dat de consument, en bescherming van deze consument, als een belangrijk onderwerp van overheidszorg wordt gezien in een op marktwerking gebaseerde samenleving. Een voorbeeld hiervan in Nederland buiten de zorg (zij het op Europees initiatief) is het instellen van een Consumentenautoriteit.³⁸ Recente voorbeelden binnen de zorg zijn het voorstel van de Europese Commissie voor een Richtlijn over patiëntenrechten,³⁹ en het eerder genoemde voorstel voor een Wet cliëntenrechten zorg dat bij het Ministerie van VWS in voorbereiding is.

³⁴ Er bestaat wel Europese wetgeving over erkenning van diploma's, toelating tot de handel van farmaceutische producten en medische hulpmiddelen, en sinds kort een Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, COM(2008) 414, Brussel, 2 juli 2008 (hierna: "Richtlijnvoorstel patiëntenrechten EU"). Zie over vrij verkeer van diensten: De Vries, "Patiëntenzorg in Europa na Watts: wiens zorg?", (2007) *SEW* 132; en Davies, "The Community's internal market-based competence to regulate healthcare: scope, strategies and consequences", (2007) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 215.

³⁵ Cf. De invloed van Europa op overheidstoezicht in Nederland, Brief van de Minister van bestuurlijke vernieuwing en koninkrijksrelaties van 19 december 2006, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 27 831, nr. 21. Lavrijssen-Heijmans en Hancher, "Europese regulators in de netwerksectoren: revolutie of evolutie?", (2007) *SEW* 198.

³⁶ Ter Kuile, "Zorgverzekeringswet en Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen: nieuwe Nederlandse socialezekerheidswetgeving en het Europees recht", (2005) *SEW* 422; Hamilton, "Een zorgverzekering die past in Europa", (2005) *SEW* 411; Mortelmans, "De interne markt en de gezondheidsexcepties", (2005) *SEW* 400; J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt*, (Kluwer, Deventer 2004); J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking en sociale zekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen* (Kluwer, Deventer 2004).

³⁷ HvJ EG 9 september 2003, Zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)* Jur. 2003 blz I-8055.

³⁸ Hierboven, noot 15.

³⁹ Hierboven, noot 34.

Ten aanzien van de NZa is deze rol van de consument duidelijk in de wet gemarkeerd: op grond van een expliciete bepaling met deze strekking in artikel 3 vierde lid Wmg staat het *algemene* consumentenbelang bij de uitoefening van haar taken door de NZa voorop.⁴⁰ Het gaat hierbij om de marktpositie van de consument in het algemeen binnen de zorgdriehoek, niet om de positie of de problemen van de individuele zorgconsument (hoewel die wel een signaalfunctie kunnen hebben). Hierbij zijn de volgende aspecten van belang:

1. Betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit: de NZa kiest er voor om het algemeen consumentenbelang te specificeren in termen van de drie publieke belangen betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit (en dus niet bijvoorbeeld in termen van doelmatigheid of solidariteit).⁴¹ Op deze wijze kan het algemeen consumentenbelang niet alleen worden gedefinieerd maar kan het ook concreet worden gemaakt. Het is tot nu toe weliswaar niet duidelijk hoe de NZa keuzes maakt als deze drie belangen onderling tegenstrijdig zijn – het ligt bijvoorbeeld voor de hand dat betaalbaarheid haaks kan staan op bereikbaarheid of kwaliteit. Het is immers goedkoper (tenminste op de korte termijn) om minder faciliteiten open te houden of om minder kostbare medische apparatuur te gebruiken. Bereikbaarheid kan bijvoorbeeld in strijd kan zijn met kwaliteit als dit laatste vergt dat bepaalde zorg in een gespecialiseerd centrum geconcentreerd wordt. Het uiteenlopen van drie publieke belangen die de componenten zijn van het algemeen consumentenbelang kan tot problemen leiden, zoals wanneer de NZa de NMa adviseert bij zorgfusies en ongekwantificeerde kwaliteitsvoordelen moeten worden afgewogen tegen nadelen op het gebied van de bereikbaarheid en de betaalbaarheid. Ook voor de overige taken van de NZa is echter wenselijk dat een methodiek ontwikkeld wordt om de drie publieke belangen te kunnen wegen, en daarmee tegen elkaar af te kunnen wegen. Dit moet overigens goed mogelijk zijn omdat de drie dimensies van het algemeen consumentenbelang in beginsel meetbaar en dus vergelijkbaar zijn.⁴² Om keuzes beter te kunnen motiveren is het ook wenselijk dat dit gebeurt.
2. Consument als belanghebbende: De NZa ziet de consument echter niet als individueel belanghebbende. Dit is in lijn met de visie van VWS: “toezicht is geen klachtrecht en geen rechtsbescherming”.⁴³ Een benadeelde individuele consument dient verhaal te halen bij de burgerlijke rechter – of via het strafrecht. Het moge duidelijk zijn dat dit

⁴⁰ Deze bepaling is in de Wmg ingebracht bij amendement van het kamerlid Omtzigt (CDA), evenals de verwijzing naar informatieasymmetrie en machtsverschil in de considerans. Tweede Kamer, kamerstukken 2005-2006, 30 186, nr. 42. In een eerdere versie van dit amendement werden deze wijzigingen gekoppeld aan een niet overgenomen bepaling waarbij de NZa klachten van individuele consumenten zou verzamelen en behandelen. Tweede Kamer, kamerstukken 2005-2006, 30 186, nr. 32.

⁴¹ “Het optreden van de overheid is er op gericht om de publieke belangen te borgen. De NZa legt haar focus daarbij op het algemeen consumentenbelang. De NZa zet zich in om de consument toegankelijke, kwalitatief goede en betaalbare zorg te garanderen. Het algemeen consumentenbelang en de publieke belangen liggen daarmee in elkaars verlengde.” NZa, (*In*) *het belang van de consument: visiedocument* (November 2007), p 14. Deze drie publieke belangen worden ontleend aan de inleiding van Memorie van toelichting Wmg, Tweede kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nr. 3, blz 2.

⁴² Geacht kan worden aan het werken met quality adjusted lifeyears (QALYs) die het mogelijk maken deze drie factoren in een vergelijkbare eenheid (ook monetair) uit te drukken. Zie D. Dranove, *What's your life worth? Health care rationing... Who lives? Who dies? And Who decides?* (FT Prentice Hall, New Saddle River NJ 2003); D.M. Cutler, *Your money or your life. Strong medicine for America's healthcare system* (Oxford University Press, Oxford 2004).

⁴³ Verdiend vertrouwen: toezichtsvisie curatieve zorgstelsel, blz 9. Bijlage bij Herziening zorgstelsel, brief van de Minister van VWS van 10 februari 2006, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 29 689, nr. 68.

een moeilijke en kostbare weg is.⁴⁴ Een vergelijkbare benadering geldt overigens voor andere toezichthouders zoals de Consumentenautoriteit, en volgens het ontwerp van de Wet cliëntenrechten zorg, de IGZ. Opmerkelijk genoeg kunnen landelijk werkende consumenten- en patiëntenorganisaties op grond van de Wmg voor de NZa wel belanghebbenden zijn.⁴⁵

3. Zelfredzaamheid van consument: De NZa beoogt het individuele consumentenbelang te bevorderen door zelfredzaamheid te stimuleren. Hiermee wordt in feite bedoeld op het gebruik van keuzevrijheid door de consument. Voorwaarden daarvoor zijn dat een reële keuzemogelijkheid moet bestaan, dat toereikende keuze-informatie beschikbaar moet zijn, en dat vervolgens conform deze keuze het gevraagde geleverd wordt (in NZa terminologie: “transparantie”, “keuzeruimte” en “rechtspositie”). De NZa heeft op dit vlak vooral bevoegdheden met betrekking tot transparantie en een signalerende rol (*advocacy*) met betrekking tot de twee andere aspecten. Waar zelfredzaamheid van de consument niet volstaat (door “marktfalen”) treedt de NZa op om markten te reguleren en/of door als toezichthouder op te treden tegen zorgaanbieders of -verzekeraars.⁴⁶ Het moge duidelijk zijn dat het bij optreden tegen een algemeen marktfalen niet meer om de individuele consument gaat maar om het algemeen consumentenbelang.
4. Consument en AMM: Wat betreft regulering (of toezicht, afhankelijk van hoe men dit definieert) is de lijn die de NZa kiest ten aanzien van AMM nog van belang. Zoals al eerder gezegd gaat het hierbij om de positie die een marktpartij in staat stelt om zich ten aanzien van andere marktpartijen – en uiteindelijk de consument – onafhankelijk te gedragen. De NZa geeft prioriteit aan het bestrijden van uitsluiting van concurrenten boven uitbuiting van consumenten (en aan verkoopmacht boven inkoopmacht). Het argument hiervoor is dat het voor het consumentenbelang als structurele oplossing op de lange termijn beter is om concurrerende markten te bevorderen waar consumenten iets te kiezen hebben dan om consumenten te beschermen, en dat laatste vervolgens voor onbepaalde tijd te moeten blijven doen bij gebreke aan marktalternatieven.⁴⁷ Dit kan dus bijvoorbeeld betekenen dat hoge marges die ten koste gaan van betaalbaarheid worden getolereerd als er vanuit kan worden gegaan dat dit fenomeen door toetreding zal worden gedisciplineerd.

Het draait voor de NZa dus om de consument, maar in algemene of structurele zin en niet individueel, en niet op de korte maar op de lange termijn. Het is verder vermeldenswaardig dat zowel het primaat van het algemene consumentenbelang als het uitstrekken van het belanghebbendenbegrip tot landelijk werkende patiënten- en consumentenorganisaties tijdens de behandeling van de Wmg bij amendement zijn ingebracht. De NZa heeft dus een relatief duidelijk politieke mandaat in deze zin.

⁴⁴ Hartlief, “de staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht” en Mevis, “Gezondheidsrecht en strafrecht: Ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie”, in P.C. Ippel, T. Hartlief en P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht: betekenis en positie, Vereniging voor Gezondheidsrecht preadvies 2007* (Sdu, Den Haag 2007) respectievelijk blz 53 en 123.

⁴⁵ Artikel 105 tweede lid Wmg. Opmerkelijk is dat dit alleen geldt voor besluiten “waarbij consumenten en patiënten belanghebbend kunnen zijn” terwijl het juist de bedoeling was individuele consumenten en patiënten als belanghebbenden uit te sluiten. Het is dus een interessante vraag hoe de rechter deze bepaling in de praktijk uitlegt. Ook deze bepaling is in de Wmg ingebracht bij amendement, in dit geval van de kamerleden Schippers (VVD) en Heemskerk (PvdA). Tweede Kamer, kamerstukken 2005-2006, 30 186, nr. 51.

⁴⁶ NZa, *(In) het belang van de consument: visiedocument*, hierboven noot 41.

⁴⁷ NZa, *Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg: consultatiedocument* (december 2006).

De vraag is op welke wijze de NZa deze opdracht ten aanzien van het algemene consumentenbelang, vertaald in betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit nu concretiseert:

1. In de eerste plaats rijst de institutionele vraag of de behartiging van dit algemeen consumentenbelang een legitimerende rol kan spelen ten aanzien van de verschillende functies van de NZa als zelfstandig bestuursorgaan (en de cumulatie van deze functies) die opweegt tegen de bezwaren vanuit een oogpunt van machtsevenwicht (*checks en balances*)?
2. Het tweede thema is de rol van het consumentenbelang in het werk van de NZa, en vooral hoe dit consumentenbelang tegenover dat van ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders concreet wordt meegewogen ten aanzien van:
 - informatieachterstand
 - machtsverschillen met andere marktpartijen
 - begrensde rationaliteit van de consument
 - belangenvertegenwoordiging
 - het invullen van open normen.
3. Tenslotte is de vraag of de NZa ten aanzien van de behartiging van het consumentenbelang in het licht van haar specifieke opdracht eigenlijk wezenlijk verschilt van andere toezichthouders, zoals de algemene mededingings- respectievelijk gedragstoezichthouders NMa en AFM, sectorspecifieke mededingings-toezichthouders OPTA en DTe, zorgspecifieke toezichthouders IGZ en CVZ, en de Consumentenautoriteit?

Dit zijn onderzoeksvragen waarin ik mij in de komende jaren onder andere wil verdiepen, en ik kan er op dit moment dus nog geen sluitend antwoord op geven. Wat ik wel kan doen is ingaan hoe ik hier tegenover sta op basis van de op dit moment (beperkt) beschikbare informatie. Ten aanzien van deze drie thema's moet volgens mij worden onderzocht in hoeverre economische inzichten nuttig zijn om keuzes te verklaren en te onderbouwen.

Een belangrijk aanknopingspunt in dit verband is dat de considerans van de Wmg expliciet de volgende opdracht (die overigens eveneens bij amendement is ingebracht) meegeeft:

“dat het wenselijk is in verband met de informatieachterstand van de consument en het machtsverschil tussen partijen in de zorg, de positie van de consument te beschermen en te bevorderen”.

Deze verwijzing naar de noodzaak tot het compenseren van de *informatieachterstand* en *machtsverschil* markeert volgens mij twee belangrijke dimensies:

1. één die betrekking heeft op de legitimiteit van de NZa en op de inbreng van consumentenbelangen in haar besluitvorming,
2. en één welke betrekking heeft op het consumentenbelang in de economische context van vraagsturing.

Ik zal de economische dimensie eerst behandelen omdat de bespreking daarvan vervolgens de meer juridische discussie ten aanzien van legitimiteit kan voeden.

Economische argumenten voor markttoezicht

In de eerste plaats zijn de bovengenoemde factoren, informatieachterstand en machtsverschil, ten aanzien van het consumentenbelang twee belangrijke redenen om overheidsoptreden in economische zin te legitimeren. Zij zijn beiden namelijk duidelijke vormen van marktfalen, die in de economie doorgaans worden vereist als voorwaarde voor regulerend overheidsoptreden.

Regulering

Het is overigens niet zo dat de economische theorie eenduidige inzichten zou bieden ten aanzien van de vraag wanneer – en op welke wijze – markttoezicht (*regulation*) moet worden toegepast.⁴⁸ Wel geeft het een kader dat het gemakkelijker maakt om afwegingen te maken. Ook hier is het namelijk noodzakelijk om keuzes te maken bij het inrichten van markttoezicht. Dit geldt bijvoorbeeld:

- Statische tegenover dynamische doelstellingen (ook wel korte of lange termijn), met doorgaans grote invloed op prikkels voor innovatie en investeringen in het algemeen. Bijvoorbeeld de ontwikkeling van kwaliteit kan hier tegenover betaalbaarheid staan: is er ruimte om kwaliteitsverbeteringen te belonen?
- Consumentensurplus tegenover producentensurplus/totale welvaart, ook hier met invloed op innovatie. Hierbij spelen ook vragen als het toestaan van een winsttoegmerk, het uitkeren van winst, en het behoud van vermogen in de zorg.⁴⁹ Is het wenselijk om winstuitkeringen mogelijk te maken om op die manier de toegang tot nieuw kapitaal – en daarmee zelfs: toetreding – zeker te stellen?
- Doelmatigheid (*efficiency*) tegenover rechtvaardigheid zoals inkomenseffecten en herverdelingsvragen. Mogen zorgaanbieders doelmatigheidswinsten behouden of worden deze afgeroomd? Wat zijn de effecten van budgettaire maatregelen op de doelmatigheid – worden zorginstellingen onder de dreiging van budgetkorting nog wel geprikkeld om doelmatig te werken?
- Totale welvaart tegenover deelcomponenten, zoals de afzonderlijke publieke belangen in de zorg: betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit. Hierbij is vooral weer de vraag hoe deze belangen te wegen als ze tegengestelde effecten hebben: bijvoorbeeld, hogere kwaliteit maar langere reistijden en hogere kosten?
- Primaire doelstellingen (welvaart) tegenover secundaire doelstellingen, zoals bescherming van kleine aanbieders, inkomenspolitiek, regionale en plaatselijke belangen. Hiervan is sprake bij spreiding van voorzieningen – en dus toegankelijkheid – bijvoorbeeld van ziekenhuisvoorzieningen in Midden Zeeland of in Flevoland.

Het is uit deze korte opsomming al voldoende duidelijk dat hierbij afwegingen aan de orde zijn die ook relevant zijn voor de zorg ten aanzien van keuzes met betrekking tot het algemene consumentenbelang en de publieke belangen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit. Door te kijken wat de achterliggende economische keuzes zijn kan de afweging ten aanzien van de publieke belangen beter worden begrepen, en dus ook gemotiveerd.

⁴⁸ R. Baldwin en M. Cave, *Understanding regulation: theory, strategy and practice* (Oxford University Press, Oxford 1999); A.I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Clarendon Press, Oxford 1994); Shleifer, “Understanding regulation”, (2005) *European Financial Management* 439.

⁴⁹ Vgl. Cseres, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, (2007) *The Competition Law Review* 121; and K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection* (Kluwer, Deventer 2005).

Ik zou dan ook willen voorstellen om de drie publieke belangen die de Wmg formuleert te koppelen aan de bestaande economische theorie ten aanzien van markttoezicht (*regulation*), en in het bijzonder met betrekking tot de dimensies informatieachterstand en machtsverschil die de wet zelf aangeeft. Dit kan van belang zijn bij het motiveren van besluiten en de toetsing daarvan. Daarbij is het van belang om afwegingen waarbij de drie publieke belangen in het geding zijn zoveel mogelijk te kwantificeren (bijvoorbeeld in de zin van QALYs) om gemotiveerde keuzes mogelijk te maken.

Begrensde rationaliteit van de consument

Voorts leert de gedragseconomie (*behavioral economics*) dat bij consumenten sprake is van begrensde rationaliteit (*bounded rationality*).⁵⁰ Consumenten onderzoeken niet of nauwelijks de zorg die hen wordt aangeboden, hoewel er grote verschillen bijvoorbeeld op het gebied van de kwaliteit (bijvoorbeeld mortaliteit) bestaan. Zo besteden mensen gemiddeld veel meer tijd aan het uitzoeken van een nieuwe auto dan om te achterhalen waar ze het beste hun hartoperatie kunnen ondergaan.⁵¹ Toegegeven: dit laatste is ook veel moeilijker bij gebrek aan openheid en toegankelijke informatie, en in Nederland geldt als ongeschreven norm dat zorgconsumenten gelijk worden behandeld zodat er geen kwaliteitsverschillen zouden moeten zijn. De praktijk is echter anders. En gegeven dit feit zou in ieder geval de vraag van zorgconsumenten naar keuze-informatie groter moeten zijn. Iets vergelijkbaars geldt vanzelfsprekend voor minder ingrijpende vormen van zorg en voor het contracteren van zorgverzekeringen. Op deze wijze komt er noch van de gewenste vraagsturing noch van de volksgezondheid (met dus ook externe effecten – lees: negatieve effecten voor de samenleving als geheel) veel terecht.

Klassieke economische verklaringen hiervoor zoals zoekkosten en informatieasymmetrie zijn nog steeds van belang maar worden inmiddels vanuit de gedragseconomie aangevuld met psychologische factoren. De traditioneel veronderstelde rationeel handelende *homo economicus* bestaat niet – zelfs niet op een geaggregeerd niveau. Mensen neigen er kennelijk toe om kleine gevaren te overschatten, en andersom, grote gevaren te onderschatten. (In het Engels heet dit bekende verschijnsel: “*penny wise and pound foolish*”.) Ze kennen verder als ze eenmaal iets in hun bezit hebben daaraan een veel grotere waarde toe dan daarvoor. Ze zijn gevoelig voor groepsgedrag, ook als dit niet rationeel is. Ook de zogenaamde standaardinstelling (*default setting*) is van grote betekenis voor keuzegedrag: zie de pogingen van de overheid om dit psychologische mechanisme te gebruiken ten aanzien van orgaandonatie en het Elektronisch patiëntendossier (“wie niet actief van deelname afziet doet mee”, ofwel: “wie zwijgt stemt toe”). Zoals iedereen die zich met marketing bezighoudt al lang weet is het mogelijk om op deze psychologische factoren in te spelen en daar veel geld

⁵⁰ Kahneman, "Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics" (2003) *American Economic Review* 1449; D. Kahneman, en A. Tversky (red), *Choices, Values and Frames* (Cambridge University Press, Cambridge 2000). Veel van de inzichten op dit gebied kunnen worden ontleend aan het terrein van de financiële dienstverlening (behavioural finance). Cf. A. Shleifer, *Inefficient Markets: An Introduction to Behavioral Finance. Clarendon Lectures* (Oxford University Press, Oxford 2000). Een koppeling aan de rechtseconomie is te vinden in R.H. Thaler en C.R. Sunstein, *Nudge: Improving decisions about health wealth and happiness* (Yale University Press, Newhaven 2008); C.R. Sunstein (red), *Behavioral law and economics. Cambridge series on judgment and decision making* (Cambridge University Press, Cambridge 2000).

⁵¹ Gaynor, "What do we know about competition and quality in healthcare markets?" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910834; M. Gaynor, *Competition and quality in healthcare markets. Foundations and trends in microeconomics series* (Now Publishers, 2007). M. Porter and E. Olmsted-Teisberg, *Redefining healthcare: creating value-based competition on results* (Harvard Business School Press, Cambridge Mass. 2006).

mee te verdienen. In de zorg kunnen de effecten echter van begrensde rationaliteit niet alleen kostbaar maar ook pijnlijk, en zelfs dodelijk zijn.

Een manier om dergelijke problemen op te lossen is doordat bepaalde partijen – door specialisatie, en/of door aggregatie van belangen – voor anderen de functie van het zoeken naar de beste oplossing op zich nemen. Door op grote schaal in te kopen en dus inkoopmacht en ervaring te bundelen neemt hun expertise en onderhandelingspositie ten opzichte van aanbieders verder toe.

In de zorg wordt hierbij behalve aan consumenten- en patiëntenorganisaties of zorgmakelaars meestal vooral gedacht aan de ziektekostenverzekeraars die zowel de marktmacht als ook de informatievoorsprong van zorgaanbieders kunnen compenseren. Om deze rol effectief te kunnen spelen moeten de ziektekostenverzekeraars uiteindelijk wel hun consumenten kunnen sturen – om geloofwaardig te zijn moeten zij immers goed presterende zorgaanbieders kunnen belonen met meer omzet en dus meer klanten (en slecht presterende met geen of minder klanten). En zij moeten aanbieders de mogelijkheid bieden zich te specialiseren en hun kwaliteit verder te verbeteren door hun meer consumenten met vergelijkbare gezondheidsproblemen aan te bieden. Ook dit betekent dat die consumenten elders wegblijven. De veronderstelde logica is verder dat zolang consumenten kunnen kiezen uit meerdere concurrerende ziektekostenverzekeraars, deze verzekeraars druk zullen uitoefenen op de zorgaanbieders, die op hun beurt, voor zover het bijvoorbeeld instellingen betreft, druk zullen uitoefenen op artsen.

Zo ontstaat de al in het eerste deel van deze rede genoemde geschakelde keten van concurrentiedruk, waarbij consumenten alleen op het eerste en nog relatief eenvoudige niveau (tussen ziektekostenverzekeraars) een keuze hoeven te maken. Dit werkt zowel positief ten aanzien van de informatieachterstand van consumenten, vergroot het machtsevenwicht, en compenseert (of voorkomt) “irrationeel” consumentengedrag.

Daarbij is wel de vraag hoe selectief contracteren van preferente zorgaanbieders, en/of het vereisen van bijbetalingen respectievelijk het geheel uitsluiten voor zorg buiten het netwerk wordt beoordeeld. Er bestaat hier dus een spanningsveld tussen de vrijheid van de individuele consument om zelf zijn zorgaanbieder te kiezen, en een inhoudelijk effectieve vraagsturing van de zorg op systeemniveau, respectievelijk tussen het individuele en het algemene consumentenbelang.⁵² Iets vergelijkbaars geldt voor het preferentiebeleid van de zorgverzekeraars ten aanzien van generieke receptgeneesmiddelen, en de persoonlijke voorkeur voor bepaalde merkgeneesmiddelen van individuele consumenten. Er ontstaat in beide gevallen ook spanning tussen de drie publieke belangen waarin het algemeen consumentenbelang kan worden onderscheiden – want het sturen van consumenten bevordert wellicht de betaalbaarheid en/of de kwaliteit, maar beperkt de toegankelijkheid.

Ook staat de logica van collectief handelen hier tegenover een andere algemene aanname in het marktdenken: dat de som van de kennis die wordt weerspiegeld in de besluiten van individuele consumenten groter is dan die van een centraal handelende partij (zoals een overheid of een ander collectief). Het is vanuit deze gedachte sowieso de vraag in hoeverre de NZa zelf in staat zal zijn om de effecten van de begrensde rationaliteit van consumentengedrag te voorzien en te compenseren in haar rol als markttoezichthouder. De

⁵² Hierbij werken economen veelal met het bekende “veil of ignorance” (sluier van onwetendheid) begrip om de keuze voor het algemene consumentenbelang te rechtvaardigen. J. Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Cambridge Mass. 1971).

intuïtie hierbij is dat de oplossing ligt in het bevorderen van de keuzevrijheid van consumenten tussen verschillende onderling concurrerende partijen: markten laten werken. Dit sluit ook aan bij de primaire rol van de NZa als marktmeester.

Legitimiteit van markttoezicht

In de tweede plaats rijst de vraag of er een verband kan worden gelegd tussen het algemeen consumentenbelang en de legitimiteit van de NZa: ofwel het oordeel over de rechtmatigheid van haar handelen als toezichthouder. Met andere woorden: kan de legitimiteit van de NZa niet ook worden afgeleid uit de effectiviteit van haar optreden ten aanzien van de drie publieke belangen en daarmee ten behoeve van de achterban die zij in haar oprichtingswet heeft meegekregen: namelijk de consument?

Verschillende theorieën als bron van legitimatie van toezicht

Er bestaan verschillende benaderingen met betrekking tot de legitimiteit van onafhankelijk toezicht door markttoezichthouders.⁵³ In de eerste plaats kan deze worden gekoppeld aan het (democratisch gelegitimeerde) wettelijk mandaat van de toezichthouder, en/of aan de indirecte democratische controle via de ministeriële verantwoordelijkheid. De gedachte is dat de Minister verantwoording aflegt voor het beleid dat hij zelf formuleert en voor algemene regels gesteld door de markttoezichthouder. Aan de andere kant geldt ook:

“Onafhankelijkheid brengt nu eenmaal vermindering van ‘s ministers bevoegdheden en verantwoordelijkheid mee.”⁵⁴

Lastig zijn in deze context vooral de open normen die vanwege de complexiteit van de materie vaak noodzakelijk zijn en waaraan de markttoezichthouder inhoud moet geven.⁵⁵ Daar staat tegenover dat politieke overeenstemming over de te hanteren kernwaarden (zoals het algemeen consumentenbelang) en over basisprincipes zoals vraagsturing, nu juist de basis zijn van het onafhankelijk toezicht, ook in de zorg.

Het is ook nog niet uitgekristalliseerd of, en zo ja in hoeverre en op welke wijze, Ministeriële verantwoording over het eigenlijke markttoezicht – het “toezichtbeleid” – kan worden afgelegd. De Minister kan immers geen aanwijzingen geven in individuele gevallen. Wel kan gedacht worden aan een vorm van verslaglegging door de NZa aan de Minister, en door de Minister aan de Kamer, waarbij wordt ingegaan op effectiviteit ten aanzien van het algemeen consumentenbelang, geëxtrapoleerd aan de hand van betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit. Als belangrijke aanvulling op de Ministeriële verantwoordelijkheid geldt in ieder geval steeds de toets van de onafhankelijke rechter op individuele besluiten.⁵⁶ Ook in de

⁵³ Prosser, “Theorising utility regulation”, (1999) *Modern Law Review* 196; Prosser, “Regulation and social solidarity”, (2006) *Journal of Law and Society* 364. Vóór de opkomst van de markttoezichthouder speelden al vergelijkbare vragen ten aanzien van ZBOs als zodanig: M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*, Oratie Rijksuniversiteit Groningen, 21 mei 1974; J.L. Boxum, J. de Ridder en M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen in soorten* (Kluwer, Deventer 1989). Vergelijk De Ru en Peters, “Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoeienis ingekaderd”, in H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red), hierboven noot 31, blz 3.

⁵⁴ Scheltema, hierboven noot 53.

⁵⁵ Een pleidooi voor vrijheid voor de markttoezichthouder in: A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht* (Sdu, Den Haag 2006); Ottow, “Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie: de bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt”, in B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, hierboven noot 21, blz 131 e.v.

⁵⁶ Verhey en Verheij, “De macht van de marktmeesters”, in A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, hierboven noot 21, blz 187 e.v. Kritisch de Commissie Kohnstamm: *Een herkenbare staat: investeren in de overheid*, 2004. De meningsvorming rondom dit onderwerp is kennelijk veelal cyclisch van aard. Zo eerder positief de Commissie Scheltema: *Steekhoudend ministerschap. Betekenis en toepassing van de ministeriële*

context van rechterlijke toetsing lijkt een expliciete afweging in NZa besluiten ten aanzien van de drie criteria van het algemeen consumentenbelang zowel mogelijk als wenselijk.

In het kader van de legitimiteit van (onafhankelijk) toezicht wordt ook wel gesproken van een toezichtovereenkomst (*regulatory contract*), die met de partijen die onder toezicht staan gesloten zou kunnen worden. Het gaat dan veelal om een zogenaamd “natuurlijk monopolie” en om de inmiddels achterhaalde praktijk in het Verenigd Koninkrijk om deze met uitonderhandelde wijzigingen van vergunningvoorwaarden in bedwang te houden. Nu iets dergelijks ook in het Nederlandse fusietoezicht blijkt op te kunnen bloeien, kan het praktische belang van deze theorie echter nog niet worden afgeschreven.⁵⁷ Andere recente theorieën hebben het over horizontaal toezicht waaronder niet alleen meer adequaat ondernemingsbestuur wordt verstaan maar waarbij alle belanghebbenden gezamenlijk de inhoud van open rechtsnormen bepalen: er zou dan als sluitstuk zelfs sprake zijn van het afleggen van verantwoording door de toezichthouder aan belanghebbenden.⁵⁸ Hierdoor ontstaat dan als het ware een vorm van directe democratie op sectorniveau. Horizontale toezichtopvattingen winnen de laatste tijd terrein.⁵⁹ Ook vanuit de Europese context (waar zoals bekend de democratische legitimatie precair is) worden procedurele vormen van legitimatie voor toezicht aangereikt, die ook zouden kunnen steunen op zelfsturende netwerken van toezichthouders.⁶⁰

Machtsverschillen en belangenvertegenwoordiging

Vanuit het perspectief van theorievorming zijn de eerder genoemde ontwikkelingen en invalshoeken zeker van belang. Ik wil er vandaag echter graag een aantal kritische kanttekeningen bij maken.

Markttoezichthouders worden doorgaans juist aangesteld in die gevallen waar er fundamentele problemen bestaan met marktmacht en/of marktstructuur. Er zijn dus sterkere en zwakkere marktpartijen, en de sterke marktpartijen gebruiken doorgaans hun positie op de markt, vaak nog leunend op wet en regelgeving, om zich breed te maken ten koste van toetreders, en bovendien: van consumenten. In die situatie wordt verandering beoogd: los van enig formeel mandaat (zoals dat in het geval van de zorg duidelijk is geformuleerd ten aanzien van het algemene consumentenbelang) is herstel van deze balans de politieke opdracht die de toezichthouders hebben meegekregen. Bijvoorbeeld: meer doelmatigheid betekent ook het doorbreken van collusie, het temperen van marktmacht en het bevorderen van toetreding.

Uit de politieke theorie is bovendien bekend hoe relatief kleine maar geconcentreerde belangen (veelal van producenten) vaak zeer wel in staat zijn om zichzelf politiek door te zetten ten koste van veel grotere maar diffuse algemene belangen (zoals dat van

verantwoordelijkheid, 1993; negatief de Werkgroep Visser: *Zicht op toezicht*, 1997; positief de Commissie Borghouts, *Vertrouwen in onafhankelijkheid*, 2000.

⁵⁷ Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 19 december 2009, Zaak 6379/KPN-Reggefiber. Hier werd binnen de eerste fase van de fusietoetsing het creëren van een landelijke monopoliepositie voor de ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken toelaatbaar geacht vanwege de vergaande gedragsverplichtingen die partijen (in nauw overleg met OPTA en NMa opgesteld) bereid waren om op zich te nemen.

⁵⁸ S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en waarborgen voor good governance* (Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006).

⁵⁹ A.T. Ottow, *De markt meester? - De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht*, Oratie Universiteit Utrecht, 18 september 2008.

⁶⁰ Cf. Lavrijssen-Heijmans en Hancher, “Europese regulators in de netwerksectoren: revolutie of evolutie?”, (2007) *SEW* 198. Europese Commissie, Europese governance - Een witboek, COM(2001) 428 def., Pub. EG 2001 C 287/1.

consumenten).⁶¹ Het resultaat kan zijn dat zogenaamde machtsdriehoeken (*iron triangles*) ontstaan tussen belangengroepen, parlementaire vertegenwoordiging, en de verantwoordelijke bureaucratie.⁶² In ieder geval kan de structurele bevoordeling van gevestigde producentenbelangen leiden tot vertraagde en onevenwichtige wet- en regelgeving, en tot krachteloze en/of bevooroordeelde toezichtarrangementen.

Het nieuwe zorgstelsel echter beoogt juist om dergelijke ongezonde verhoudingen op te schudden!

Belangenvertegenwoordiging en de NZa

Het consumentenbelang staat voor markttoezichthouders bovendien – in het geval van de NZa zelfs expliciet – voorop. Dit betekent ook dat de markttoezichthouder de opdracht heeft om te compenseren voor de bestaande ongelijke marktmacht of voordelen voortvloeiend uit de marktstructuur. Dit is economisch gezien (vanuit het perspectief van effectieve marktwerking) logisch, maar ook vanuit de eerder genoemde politieke theorie en vanuit een rechtssociologische *access to justice* benadering.⁶³

Dit betekent dat de NZa niet de vrijheid heeft om de open normen die haar zijn meegegeven in een vorm van *discours* met de partijen die onder toezicht staan in te vullen. Bovendien worden markttoezichthouders in beginsel daar aangesteld waar al politieke overeenstemming bestaat over de basisprincipes zodat deze legitiem kunnen worden onttrokken aan directe democratische controle: deze normen zijn vervolgens dus zeker niet vrij onderhandelbaar. In die zin laat de opdracht aan de NZa om het algemeen consumentenbelang te behartigen aan duidelijkheid weinig te wensen over en zijn de normen betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit zijn als inhoudelijke toetssteen zonder meer bruikbaar.

Met andere woorden: er bestaat inderdaad spanning tussen enerzijds het marktmeesterschap dat ruime bevoegdheden vereist (waaronder regelgevende bevoegdheden en open normen) en anderzijds de beperkte mogelijkheden tot democratische legitimatie van en controle op dergelijke bevoegdheden via de ministeriële verantwoordelijkheid. Pogingen om dit te compenseren door transparantie, inspraak en participatie als een vorm van directe democratie voor marktpartijen staan echter ook op gespannen voet met de noodzaak voor de toezichthouder om ten behoeve van het algemene consumentenbelang gevestigde belangen en machtsongelijkheid (als gevolg van marktmacht of marktstructuur) te doorbreken.

Tussenconclusie

Het algemeen consumentenbelang is voor de NZa geen nevenschikt belang naast de belangen van andere marktpartijen. Het is hieraan bovengeschikt en dus leidend: het toezicht van de NZa vindt eerst en vooral plaats met oog op het belang van de consument. Dit betekent dat de NZa niet kan meegaan in de trend naar toezicht als de inzet van onderhandelingen met marktpartijen. Zij dient het machtsevenwicht juist in het voordeel van de consument te herstellen en de informatieachterstand van deze laatste te compenseren.

⁶¹ M. Olson, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, (Yale University Press, Newhaven 1982).

⁶² G. McConnell, *Private Power and American Democracy* (Alfred A. Knopf, New York 1966).

⁶³ Galanter, "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change", (1974) *Law and Society Review*. Herdrukt in R. Cotterrell (red), *Law and society. The international library of essays in law and legal theory 13* (Ashgate, Aldershot 1994), blz 165.

Het is dan ook verstandig geweest dat de NZa heeft gekozen voor het invullen van het abstracte algemeen consumentenbelang met de concrete publieke belangen betaalbaarheid, kwaliteit en bereikbaarheid. De volgende stap zou moeten zijn om deze belangen wanneer mogelijk steeds te kwantificeren. Alleen op deze manier kunnen ze op navolgbare wijze vergeleken worden, zeker wanneer de gevolgen voor de ene variabele negatief zijn en voor de andere positief. Dit is ook van belang voor de advisering van de NZa in fusietoetsing, voor de rechterlijke toets op besluiten van de NZa, en voor het ontwikkelen van de mogelijkheid voor de Minister van VWS om een vorm van verantwoording af te leggen over het toezichtbeleid van de NZa. Ook voor de evaluatie van de NZa in 2010 zou dit van nut zijn.

Europa: wordt belangrijker

Tenslotte enkele opmerkingen over een heel ander onderwerp waarin ik mij verder wens te verdiepen tijdens mijn verblijf in Tilburg: het Europees recht en de zorg. Europa wordt in Nederland wat de zorg betreft op dit moment nog niet eens als “best belangrijk” beschouwd. Het wordt vooral als een lastpost gezien die moeizaam tot stand gekomen nationale plannen in de wielen rijdt. Ik zal hier vandaag niet uitleggen waarom dit een onjuist en contraproductief standpunt is en ik zal ook niet ingaan op de invloed van het Europees recht op de zorg in het algemeen. Wie hierin bovengemiddeld geïnteresseerd is verwijs ik alvast naar het preadvies hierover van Sluijs en van de Gronden ten behoeve van de Vereniging voor Gezondheidsrecht dat dit voorjaar verschijnt.

Ik zal mij beperken tot het signaleren van een tweetal ontwikkelingen met relevantie voor toezicht en het algemeen consumentenbelang.

1. het Europese Richtlijnvoorstel over patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg dat op dit moment voorligt bij de Raad en het Europees Parlement,⁶⁴
2. de belangrijke rol die ik in de zorg weggelegd zie voor de diensten van algemeen economisch belang (DAEB).

Richtlijnvoorstel patiëntenrechten

De Europese Commissie heeft in juli 2008 een richtlijnvoorstel gepresenteerd over patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg (hierna: het Richtlijnvoorstel). Dit Richtlijnvoorstel wordt nu behandeld in de Raad en in het Europees Parlement, en zal vermoedelijk pas eind 2009 worden aangenomen. Dit is relevant voor het onderwerp van vandaag omdat het voorstel een uitgebreide bepaling omvat die patiëntenrechten regelt welke niet alleen op grensoverschrijdend verkeer maar op alle patiënten – dus ook op degenen die thuis blijven – van toepassing zijn. Een groot aantal onderwerpen daarin zoals de regeling van beroepsaansprakelijkheid, klachtenprocedures en privacybescherming zijn nuttig, maar doen hier niet ter zake. Belangrijker is al dat er mogelijk een gemeenschappelijk beleid ten aanzien van kwaliteit ontstaat. Het is zeer de vraag of in dit kader de Nederlandse praktijk van zelfregulering en normen ontwikkeld door beroepsorganisaties de toets der kritiek doorstaat. Het lijkt dus wenselijk om deze praktijk nu al eens onder de loep te nemen. Zo lijkt het ook wenselijk om de Wet cliëntenrechten zorg af te stemmen op de Europese besluitvorming over dit onderwerp.

Een ander kernelement van het Richtlijnvoorstel is de verplichting om patiënten te voorzien van *alle relevante* keuze-informatie ten aanzien van prijs, kwaliteit en beschikbaarheid, ja zelfs resultaten van behandelingen. Als er één element belangrijk is voor de zelfredzaamheid

⁶⁴ Richtlijnvoorstel patiëntenrechten EU, hierboven, noot 34. Zie Sauter, “Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg”, (2009) *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* (nog niet verschenen).

van de consument dan is het wel de beschikbaarheid van effectieve keuze-informatie. Dezelfde informatie is ook van wezensbelang voor de concurrentie tussen zorgaanbieders, en doelmatig inkoopgedrag van zorgverzekeraars. Het moge duidelijk zijn dat het Richtlijnvoorstel ten aanzien van keuze-informatie een belangrijke steun in de rug kan worden van de NZa, die haar bevoegdheden op dit vlak tot nu nog maar weinig heeft ingezet.

DAEB en universele dienst in de zorg

Het tweede Europese onderwerp zijn diensten van algemeen economisch belang.⁶⁵ Als een overheid een bepaald publiek belang definieert als een dienst van algemeen economisch belang geldt dat de ondernemingen die daarmee zijn belast worden uitgezonderd van de verdragsregels, in het bijzonder de mededingingsregels en het vrij verkeer, maar ook ten aanzien van de staatssteun. Dat betekent dus dat men op nationaal niveau in een dergelijk geval van Europa alle ruimte krijgt, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan.

Zo moet er daadwerkelijk sprake zijn van:

- een legitiem doel (algemeen belang)
- de entiteit die de dienst van algemeen economisch belang uitvoert moet bij wet of in een andere overheidsmaatregel daartoe zijn aangewezen,
- alleen daartoe proportionele beperkingen op vrij verkeer, mededinging en staatssteun.

Je zou zeggen dat dit niet teveel gevraagd is. Wie Europeesrechtelijk op de eerste rang wil zitten moet wel eerst een toegangkaartje kopen. Niets is echter minder waar: de zorgsector in Nederland kent vele juridisch onduidelijke constructies waarbinnen als dat goed uitkomt met het algemeen belang geschermd wordt maar weinig dat met minder dan de allerbeste wil van de wereld aan Europese eisen op dit vlak voldoet. Het definiëren van diensten van algemeen economisch belang in de zorg maakt het geheel niet alleen *Europa-proof* (zoals tegenwoordig veelal het weinig ambitieuze streven is) maar dwingt ook tot een gezonde heroverweging van welke diensten nu wel en welke niet als universele voor alle burgers beschikbare diensten moeten worden opgevat. En aan welke kwaliteitsnormen nu eigenlijk moet worden voldaan. Op dit moment houdt het zo ongeveer op met de norm dat het mogelijk moet zijn om binnen 45 minuten de spoedeisende eerste hulp van een basisziekenhuis te bereiken.⁶⁶

Voor het overige gelieve u zich schriftelijk of telefonisch met uw zorgverzekeraar in verbinding te stellen en hem op zijn zorgplicht te wijzen.

Het moge duidelijk zijn dat universele dienst en algemeen consumentenbelang in elkaars verlengde liggen. Een rationeel liberaliseringsproces heeft bovendien een duidelijke definitie van het te borgen publieke belang nodig. Het wordt tijd dat de centrale overheid deze stap zet.

Dankwoord

Ik sluit nu af door enkelen van u in het bijzonder te bedanken.

In de eerste plaats het bestuur van de NZa en dat van de Stichting Bijzondere Leerstoelen UvT voor de vestiging van deze bijzondere leerstoel en voor het in mij gestelde vertrouwen.

⁶⁵ Sauter, "Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg", (2008) *Markt en Mededinging* 4.

⁶⁶ Positionering algemene ziekenhuizen, brief van de Minister van VWS van 27 november 2008, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 27 295, nr. 109, blz 2. Wanneer blijkt dat in Noord en Oost Flevoland aan de 45 minuten norm wordt voldaan stelt de Minister deze norm ter discussie teneinde de gewenste (en reeds eerder toegezegde) steunverlening aan de IJsselmeer ziekenhuizen te onderbouwen.

Hooggeleerde Larouche en van Damme, beste Pierre en Eric. Ik wil jullie en alle overige collega's van TILEC bedanken voor de hartelijke ontvangst sinds ik nu anderhalf jaar geleden oorspronkelijk als extramurale research fellow deel mocht nemen aan dit bijzondere onderzoeksinstituut. Ik heb nog veel van jullie allen te leren en verheug mij zeer op de komende jaren samen.

Hooggeleerde Hancher, Boone en Canoy, beste Leigh, Jan en Marcel. Ik werk met veel plezier met jullie samen aan het onderzoeksproject marktwerking in de zorg. Jullie zijn stimulerend gezelschap, en ik ben ervan overtuigd dat wij mooie resultaten kunnen behalen. Ik verheug mij ook op de samenwerking met de andere deelnemers aan dit project, vooral onze nieuwe postdocs en promovendi.

Hooggewaardeerde collega's van de NZa en evenzeer gewaardeerde oud-collega's bij een reeks van andere instellingen. Dank voor jullie kameraadschap en steun de afgelopen jaren!

Hooggeleerde Gormley, beste Laurence: aan jou in dit kader bijzondere dank.

Verder wil ik vooral mijn familieleden bedanken die altijd voor mij klaar staan, mijn vrienden, en mijn gezin. Het meest heb ik namelijk te danken aan jullie.

Tenslotte wil ik u allen graag danken voor uw aandacht en uw aanwezigheid!

Ik heb gezegd.

Literatuur

- Aarts, “Aspecten van toezicht handhaving en geschilbeslechting onder de Zorgverzekeringswet”, (2005) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 98;
- Algera en Sluijs, “Marktordening in de gezondheidszorg”, (2007) *SEW* 177
- R. Baldwin en M. Cave, *Understanding regulation: theory, strategy and practice* (Oxford University Press, Oxford 1999)
- E.J. Bomhoff, *Blinde ambitie. Mijn 87 dagen met Zalm, Heinsbroek en Balkenende* (Balans, Amsterdam 2002)
- J.L. Boxum, J. de Ridder en M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen in soorten* (Kluwer, Deventer 1989)
- Cseres, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, (2007) *The Competition Law Review* 121
- K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection* (Kluwer, Deventer 2005)
- D.M. Cutler, *Your money or your life. Strong medicine for America’s healthcare system* (Oxford University Press, Oxford 2004)
- Van Damme en Eijlander, “Toezicht op marktwerking: Algemeen of specifiek?”, in H.J. de Ru en J.A.F. Peters. (red), *Toezicht en regulering van nieuwe markten: opstellen over de juridische aspecten van regulering*, (Sdu, Den Haag 2000), 53
- Davies, “The Community’s internal market-based competence to regulate healthcare: scope, strategies and consequences”, (2007) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 215
- De Die, “Toezicht op toezicht: feit of fictie?”, (2005) *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 280-280
- D. Dranove, *What’s your life worth? Health care rationing... Who lives? Who dies? And Who decides?* (FT Prentice Hall, New Saddle River NJ 2003);
- A.P.W. Duijkersloot, *Toezicht op gereguleerde markten* (Ars Aequi Libri, Nijmegen 2007)
- P. Eijlander *et al.* (red), *Dilemma’s rond toezicht: Opstellen over de werking van toezichtsarrangementen* (Sdu, Den Haag 2002)
- Galanter, “Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, (1974) *Law and Society Review*. Herdrukt in R. Cotterrell (red), *Law and society. The international library of essays in law and legal theory 13* (Ashgate, Aldershot 1994), 165

- M. Gaynor, *Competition and quality in healthcare markets. Foundations and trends in microeconomics series* (Now Publishers, 2007).
- Gaynor, "What do we know about competition and quality in healthcare markets?" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910834
- N.L. Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics: Basic Tools for Normative Reasoning* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005)
- J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt*, (Kluwer, Deventer 2004)
- Hamilton, "Totstandkoming en invoering van de zorgverzekeringswet", (2006) *Zorg en Financiering* 12
- Hamilton, "Een zorgverzekering die past in Europa", (2005) *SEW* 411
- P.C. Ippel, T. Hartlief en P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht: betekenis en positie, Vereniging voor Gezondheidsrecht preadvies 2007* (Sdu, Den Haag 2007)
- Kahneman, "Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics" (2003) *American Economic Review* 1449
- D. Kahneman, en A. Tversky (red), *Choices, Values and Frames* (Cambridge University Press, Cambridge 2000)
- Ter Kuile, "Zorgverzekeringswet en Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen: nieuwe Nederlandse socialezekerheidswetgeving en het Europees recht", (2005) *SEW* 422
- Lavrijssen-Heijmans en Hancher, "Europese regulators in de netwerksectoren: revolutie of evolutie?", (2007) *SEW* 198
- S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en waarborgen voor good governance* (Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006).
- G. McConnell, *Private Power and American Democracy* (Alfred A. Knopf, New York 1966).
- Meersma en VerLoren van Themaat, "Het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg" (2005) *NJB* 2084
- Meijer, "Concurrerende zorg, concurrerende autoriteiten", (2005) *Markt en Mededinging* 206
- B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten, VAR-preadviezen, VAR-reeks 130* (Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2001)
- Mortelmans, "De interne markt en de gezondheidsexcepties", (2005) *SEW* 400

- A.I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Clarendon Press, Oxford 1994)
- M. Olson, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, (Yale University Press, Newhaven 1982)
- A.T. Ottow, *De markt meester? - De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht*, Oratie Universiteit Utrecht, 18 september 2008
- A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht* (Sdu, Den Haag 2006)
- Prosser, "Regulation and social solidarity", (2006) *Journal of Law and Society* 364
- Prosser, "Theorising utility regulation", (1999) *Modern Law Review* 196
- M. Porter and E. Olmsted-Teisberg, *Redefining healthcare: creating value-based competition on results* (Harvard Business School Press, Cambridge Mass. 2006)
- J. Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Cambridge Mass. 1971).
- A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, *Toezicht, preadviezen voor de Nederlandse Juristen Vereniging* (Kluwer, Deventer 2005)
- De Ru en Peters, "Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoediging ingekaderd", in H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red), *Toezicht en regulering van nieuwe markten: opstellen over de juridische aspecten van regulering*, (Sdu, Den Haag 2000),
- Sauter, "Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg", (2009) *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* (nog niet verschenen)
- Sauter, "Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg", (2008) *Markt en Mededinging* 4
- Sauter, "Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg", (2007) *Markt en Mededinging* 3
- M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*, Oratie Rijksuniversiteit Groningen, 21 mei 1974
- Schillemans, "Algemeen en sectorspecifiek mededingingsrecht: blauwachtig grijs en grijsachtig blauw?", (2007) *Markt en Mededinging* 12
- F.T. Schut, *De zorg is toch geen markt? Laveren tussen marktfaalen en overheidsfaalen in de gezondheidszorg*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, 9 mei 2003
- Shleifer, "Understanding regulation", (2005) *European Financial Management* 439
- A. Shleifer, *Inefficient Markets: An Introduction to Behavioral Finance. Clarendon Lectures* (Oxford University Press, Oxford 2000)

- J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking en sociale zekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen* (Kluwer, Deventer 2004)
- Steyger, “Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk”, (2006) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2*
- C.R. Sunstein (red), *Behavioral law and economics. Cambridge series on judgment and decision making* (Cambridge University Press, Cambridge 2000)
- R.H. Thaler en C.R. Sunstein, *Nudge: Improving decisions about health wealth and happiness* (Yale University Press, Newhaven 2008)
- De Vries, “Patiëntenzorg in Europa na Watts: wiens zorg?”, (2007) *SEW 132*

* * *