

Annotatie

Menzis – Apotheek J.D. van Dalen

Mr. M.Ph.M. Wiggers en mr. dr. J.J.M. Sluijs*

Besluit NZa, 18 november 2009, eerste toepassing van aanmerkelijke marktmachtbevoegdheid (art. 48 en 49 Wmg) en CBb, 12 mei 2010, LfN BM4260, voorlopige voorziening

Feiten

114

O.M.W. Menzis Zorgverzekeraar U.A. en O.M.W. Anderzorg U.A. (hierna gezamenlijk: Menzis) zijn zorgverzekeraar in de zin van artikel 1 onder d Wet marktordeening gezondheidszorg (Wmg). Menzis hanteert sinds 2005 een preferentiebeleid inhoudende dat Menzis voor een aantal werkzame stoffen één of meer geneesmiddelen aanwijst die voor verstrekking dan wel vergoeding in aanmerking komen en waarmee andere geneesmiddelen die dezelfde werkzame stoffen bevatten worden uitgesloten van verstrekking of vergoeding op basis van de polis. Als zorgverzekeraar berust op Menzis de plicht zijn verzekerden toegang te geven tot de zorg waar zij wettelijk aanspraak op en behoefte aan hebben.¹ Op grond van deze zorgplicht wil Menzis Apotheek J.D. van Dalen (hierna: Van Dalen) contracteren. Van Dalen weigert echter een contract met Menzis te sluiten zolang Menzis haar preferentiebeleid in het contract handhaaft. Op 31 juli 2009 heeft Menzis hierover een klacht ingediend bij (1) de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) op grond van misbruik van economische machtspositie (art. 24 Mw), en (2) aan de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) verzocht haar bevoegdheden ten aanzien van aanmerkelijke marktmacht (AMM) toe te passen (art. 48 en 49 Wmg). Op basis van artikel 18 Wmg (voorrangsbeginsel NZa) en het samenwer-

kingsprotocol² gesloten tussen de NMa en de NZa is deze zaak (uitsluitend) in behandeling genomen door de NZa.

Beoordeling NZa

De NZa maakt allereerst duidelijk dat het besluit uitsluitend ziet op de vraag of zij haar bevoegdheden op grond van artikel 49 Wmg (voor het eerst) moet toepassen. Dit artikel voorziet erin dat indien de zorgautoriteit een redelijk vermoeden heeft dat zij tot een oordeel als bedoeld in artikel 48 lid 1 Wmg zal komen, zij in *spoedeisende* gevallen vooruit kan lopen op de toepassing van dat artikel en in casu de desbetreffende zorgaanbieder een of meer van de verplichtingen kan opleggen, genoemd in artikel 48 lid 1 Wmg. De NZa zal een AMM-onderzoek op grond van artikel 48 Wmg – waarin ook de farmaceutische sector in breder perspectief zal worden meegenomen – starten na het nemen van het onderhavige besluit. Voor de toepassing van artikel 49 Wmg moet aan twee voorwaarden worden voldaan (randnummer 37):

- er moet een redelijk vermoeden zijn dat sprake is van een AMM-positie van de partij in kwestie; en
 - er moet sprake zijn van een spoedeisend belang.
- Hiermee is het toetsingkader voor het besluit gegeven.

NZa-beoordeling redelijk vermoeden AMM

De definitie voor AMM is gegeven in artikel 47 Wmg en voor zover van belang wordt hieronder verstaan: ‘de positie van een of meer zorgaanbieders om alleen dan wel gezamenlijk de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan te kunnen belemmeren door de mogelijkheid zich in

* Mr. M.Ph.M. (Marc) Wiggers is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam en verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen als buitenpromovendus. Mr. dr. J.J.M. (Jan-Koen) Sluijs is advocaat bij Legaltree Sluijs te Den Haag.

1. Art. 11 jo. 10 sub c Zww.

2. Samenwerkingsprotocol tussen NMa en NZa over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, zie <www.nma-net.nl>.

belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van: zijn concurrenten, ziektekostenverzekeraars of consumenten.’ Vanaf een marktaandeel van 55 procent wordt een zorgaanbieder geacht een AMM te hebben.

Om te bepalen of er sprake is van een AMM moet de NZa de relevante markt afbakenen. De NZa sluit hiervoor aan bij de beschikkingenpraktijk van de NMa.³ De productmarkt is volgens de NZa de markt voor farmaceutische hulpverlening. Hieronder wordt verstaan het verstrekken van (1) voorgeschreven receptgeneesmiddelen van huisartsen of medische specialisten en de daarbij behorende zorg zoals medicatiebewaking en voorlichting, (2) hulpmiddelen en andere middelen zoals incontinentiemateriaal, en (3) zogenoemde zelfzorggeneesmiddelen (randnummer 42). De geografische markt is zeer lokaal. Meer concreet zal de markt een straal van enkele kilometers omvatten. Van Dalen heeft in een straal van enkele kilometers rondom zijn apotheek⁴ op deze markt een marktaandeel van nagenoeg 100 procent, aangezien drogisten⁵ en internetapotheken⁶ om verscheidene redenen niet als een volwaardig alternatief kunnen worden gezien.

Voordat de NZa vaststelt dat er sprake is van een (redelijk vermoeden van een) AMM, onderzoekt de NZa nog of er compenserende factoren zijn die mogelijk tegenwicht kunnen bieden aan de AMM-positie van Van Dalen, zoals inkoopmacht en toetredingsmogelijkheden voor potentiële concurrenten. De NZa is van mening dat er geen dan wel onvoldoende tegenwicht is en zij concludeert vervolgens dat zij een redelijk vermoeden heeft dat Van Dalen een AMM-positie heeft. De AMM-positie stelt Van Dalen in staat zich onafhankelijk van zorgverzekeraars (en zorgconsumenten) te gedragen, waardoor Van Dalen een contract met preferentiebeleid kan weigeren/weigert. De verkoopmacht van Van Dalen verstoort derhalve het concurrentieevenwicht op de zorginkoopmarkt, hetgeen (uiteindelijk) de betaalbaarheid van de zorg ondermijnt. Dit laatste is te meer het geval nu het aannemelijk is dat de situatie die zich bij Van Dalen voordoet, ook zal kunnen plaatsvinden bij andere apotheken die zich in een vergelijkbare positie bevinden.

3. NMa-besluit van 21 juni 2004, zaak 2688, randnummer 81-93 en NMa-besluit van 21 juni 2004, zaak 2501, randnummer 68-74.

4. De eerstvolgende apotheek ligt op een afstand van 11 kilometer en zou daarom geen (potentiële) concurrentiedruk opleveren.

5. De levering van receptgeneesmiddelen is op grond van art. 61 Geneesmiddelenwet voorbehouden aan de beroepsgroep van apothekers.

6. Genoemde redenen zijn (randnummer 57): (1) de onmogelijkheid van de internetapotheek om in acute zorg te voorzien, (2) de voorkeur van patiënten voor een openbare apotheek (waar ze bekend mee zijn en/of hun farmaceutische hulp gewend zijn te halen), (3) de ongeschiktheid van verzending van bepaalde middelen via de post, (4) de onmogelijkheid van een internetapotheek (om op korte termijn) te voldoen aan het volledige zorgaanbod dat Van Dalen verleent, (5) de afhankelijkheid van de internetapotheek van de huisarts als voorschrijver van het geneesmiddel, en (6) de eventuele onmogelijkheden van de patiënten van Van Dalen om via internet farmaceutische hulp te verkrijgen vanwege het ontbreken van de daartoe benodigde communicatiemiddelen en/of kennis.

NZa-beoordeling spoedeisend belang

Het begrip spoedeisend belang is nader vormgegeven in de toelichting bij de beleidsregel AMM (p. 35).⁷ Hier vloeit uit voort dat aan twee voorwaarden moet worden voldaan:

- de tijd die nodig is voor een normale procedure op grond van artikel 48 Wmg zal tot gevolg hebben dat de dan op te leggen verplichting niet meer het beoogde resultaat zal kunnen hebben; en
- de publieke zorgbelangen (toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit) en/of de belangen voor de bevordering of instandhouding van de daadwerkelijke mededinging worden in ernstige mate getroffen.

De vraag die de NZa hier in wezen moet beantwoorden (randnummer 91) ‘(...) is of een AMM-verplichting in dit stadium van het onderzoek kan worden opgelegd. Voor het AMM-instrument geldt immers dat de NZa deze is toebedeeld vanuit de overweging dat in zorgmarkten “ex ante”-ingrijpen noodzakelijk kan zijn omdat verwachte nadelige gevolgen voor de (op gang komende) concurrentie voorkomen moeten worden.’

Ten aanzien van de eerste voorwaarde voor spoedeisend belang overweegt de NZa dat (1) de voordelen voor de betaalbaarheid die zorgverzekeraars met het preferentiebeleid over 2010 kunnen realiseren niet meer op een andere wijze zijn terug te verdienen als de verplichting in 2010 zelf wordt opgelegd (randnummer 96), en (2) wanneer deze verplichting niet op dit moment opgelegd wordt dezelfde investeringen nodig zijn als voorheen om het preferentiebeleid opnieuw tot stand te laten komen (randnummer 97).

Ten aanzien van de tweede voorwaarde voor spoedeisend belang overweegt de NZa dat indien voor 2010 niet een contract met preferentiebeleid kan worden gesloten dit grote nadelige gevolgen voor de betaalbaarheid (publiek zorgbelang) en dus voor de consument zal hebben (randnummer 95).

De NZa concludeert (randnummer 98) ‘(...) dat met voldoende zekerheid kan worden verwacht dat wanneer deze verplichting vooruitlopend op toepassing van artikel 48 Wmg niet opgelegd wordt, het beoogde resultaat niet meer behaald zal kunnen worden en het publieke belang betaalbaarheid en de belangen voor de bevordering of instandhouding van de daadwerkelijke mededinging hierdoor in ernstige mate worden getroffen.’

Verplichting

De NZa acht het aannemelijk dat, onder toepassing van artikel 49 Wmg, de geconstateerde problemen het meest effectief voorkomen kunnen worden door Van Dalen een verplichting op te leggen als bedoeld in artikel 48 lid 1 sub e Wmg: ‘(...) de verplichting om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst op of ten behoeve van de zorginkoopmarkt’ (randnummer 100). De NZa

7. De ‘Beleidsregel AL/BR-100.086, Beleidsregel AMM,’ en de ‘Toelichting op de beleidsregel’ zijn te vinden op de website van de NZa (<www.nza.nl>).

beschrijft vervolgens wat onder een ‘redelijk verzoek’ en ‘redelijke voorwaarden’ moet worden verstaan.

Uitgangspunt voor een ‘redelijk verzoek’ is dat het overeen moet komen met een in een competitieve inkoopmarkt gedaan verzoek. Concreet betekent dit, volgens de NZa, onder meer: een contract van één jaar, waarin een preferentiebeleid is opgenomen en een redelijk tarief wordt geboden voor de terhandstelling van de middelen, zodat een apotheek in staat is om kwalitatief goede zorg te verlenen.

Van ‘redelijke voorwaarden’ is sprake als (1) het contract enkele weken voor het einde van het jaar door de zorgverzekeraar wordt aangeboden aan Van Dalen, (2) Van Dalen niet minder dan twee weken de tijd krijgt het aanbod te bestuderen en hierover vragen kan stellen, en (3) het contract geen langere looptijd heeft dan één jaar. De NZa acht het verder redelijk dat er enkele keren per jaar een nieuw preferent middel wordt aangewezen (randnummer 121).

Vervolgens bepaalt de NZa dat het opleggen van de AMM-verplichting proportioneel is. De AMM-verplichting is namelijk geschikt om zowel dit concrete geval als de sectorbrede vergelijkbare situaties te bezweren. Bovendien zou de AMM-verplichting noodzakelijk zijn, aangezien het mededingingsprobleem zonder optreden van de NZa zich niet zal oplossen en de NZa geen ander instrument of andere AMM-verplichting heeft waarmee op een even effectieve wijze het beoogde resultaat kan worden bereikt (randnummer 127-128). Tot slot maakt de NZa een belangenafweging waaruit volgt dat de voordelen van toepassing van de AMM-verplichting opwegen tegen de (potentiële) nadelen (zoals uitgebreide voorraadbeheer, onrust bij patiënten bij wisseling van preferent merk, overname inkooprol door de zorgverzekeraar) die de AMM-verplichting mogelijk voor Van Dalen met zich brengt.

Dictum

‘De NZa legt op grond van artikel 49 juncto 48 lid 1 sub e Wmg aan Apotheek Van Dalen de verplichting op om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgverzekeraar dat voldoet aan het in dit besluit gestelde. Deze verplichting geldt voor de duur van 6 maanden en vangt aan op de datum waarop dit besluit bekend is gemaakt aan partijen. (...)’⁸

Verzoek om voorlopige voorziening Van Dalen

Van Dalen heeft tegen het NZa-besluit bezwaar gemaakt en gelijktijdig aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) gevraagd een voorlopige voorzie-

ning te treffen strekkende tot schorsing van het onderhavige besluit.

Het betoog van Van Dalen dat niet de NZa maar de NMa bevoegd is omdat het onderhavige besluit betrekking heeft op de geneesmiddelenmarkt, slaagt niet.⁹ De NZa is volgens het CBB bevoegd. Het CBB merkt ten aanzien van het betoog van Van Dalen ten aanzien van de relevante markt op dat ‘een aantal feiten en omstandigheden [zijn] genoemd die volgens haar het redelijk vermoeden opleveren dat verzoekster [Van Dalen] een AMM positie heeft op de lokale markt voor farmaceutische hulpverlening. De feitelijke juistheid van de beschrijving staat voldoende vast en de voorzieningenrechter acht de daaraan door verweerster [NZa] verbonden conclusie niet bij voorbaat onjuist. De door verzoekster aangevoerde tegenargumenten en relativeringen nemen niet weg dat voldoende duidelijk is dat zij met haar apotheek op de genoemde markt in B [Breskens] en directe omgeving een machtspositie heeft.’

Het CBB constateert tijdens de zitting dat Van Dalen een overeenkomst heeft gesloten met CZ (de dominante verzekeraar), waarbij Van Dalen een inkoopmandaat aan CZ heeft verleend. Het contract voorziet niet in een preferentiebeleid (CZ verplicht Van Dalen dus niet om een bepaald merk medicijn te leveren, waardoor Van Dalen in die zin zijn zelfstandige ondernemerschap behoudt), maar wel in een vaste prijs per tablet voor een groot aantal generieke producten. Naar zijn uitwerking vertoont de overeenkomst volgens het CBB gelijkenis met het preferentiebeleid. Deze nieuwe situatie heeft tot gevolg dat voor 66 procent van de cliënten van Van Dalen een regeling is getroffen. Dit leidt er volgens het CBB toe dat het spoedeisend belang dat met de NZa-verplichting is gemoeid te gering is geworden. Bovendien heeft de overeenkomst tevens tot gevolg dat het door de NZa gevreesde uitstralende effect van de opstelling van Van Dalen op andere apotheken aanzienlijk moet worden gerelativeerd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is geen sprake meer van een situatie die (voortzetting van) de toepassing van artikel 49 Wmg rechtvaardigt. Het CBB schorst het besluit van de NZa.

Commentaar

Verhouding NZa en NMa

Om de toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg op de langere termijn te kunnen waarborgen, heeft de overheid ervoor gekozen de zorgsector te liberaliseren. Centrale aanbodsturing dient – daar waar mogelijk – te worden vervangen door een vraaggestuurd systeem dat meer ruimte geeft voor eigen initiatief en verantwoordelijkheid (marktwerking).¹⁰ De geleidelijke

8. Randnummer 145-146.

9. CBB 12 mei 2010, *Van Dalen/NZa*, LJN BM4260.

10. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 2. Met de val van het kabinet in 2010 is er enige onzekerheid ontstaan over de (verdere) introductie van marktwerking in de zorg (zie Brief Klink aan de Tweede Kamer, Technische en financiële consequenties controversieel verklaren ‘Waardering voor betere zorg IV’, 16 maart 2010).

introduktie van marktwerking in de zorg heeft ertoe geleid dat de NMa prioriteit is gaan geven aan de zorg.¹¹ De wetgever achtte de NMa echter slechts tot op zekere hoogte in staat de mededingingsbeperkende gedragingen in de zorgsector te verhinderen, daarom was sector-specifiek markttoezicht noodzakelijk om tot de gewenste concurrentie in de zorgsector te (kunnen) komen. Met de inwerkingtreding van de Wmg is daarom op 1 oktober 2006 de NZa opgericht, die toezicht moet houden op de marktwerking en de publieke belangen in de zorgsector.¹²

De NZa heeft op grond van de Wmg preventieve toezichtbevoegdheden (*ex ante*), waaronder de bevoegdheid aan AMM-partijen verplichtingen op te leggen teneinde hun gedrag te disciplineren, concurrentie te bewerkstelligen en het consumentenbelang te dienen. De AMM-bevoegdheid vindt zijn oorsprong in het begrip economische machtspositie uit het algemene mededingingsrecht. Het grote verschil is dat de NZa AMM-verplichtingen kan opleggen om misbruik te voorkomen, terwijl de NMa uitsluitend kan optreden indien misbruik al heeft plaatsgevonden (*ex post*).¹³

In de onderhavige zaak is door Menzis (3 procent marktaandeel) zowel bij de NMa een klacht ingediend op grond van misbruik van economische machtspositie als bij de NZa op grond van een voornemen tot misbruik van economische machtspositie. Aangezien de bevoegdheden van de NZa en de NMa elkaar (in een zekere mate) overlappen, creëert artikel 18 lid 3 Wmg in samenhang met de gemaakte werkafspraken¹⁴ een voorrangspositie voor de NZa op grond waarvan de NZa bij een samenloop van bevoegdheden voor zover mogelijk eerst haar bevoegdheden toepast, alvorens de NMa haar bevoegdheden toepast. De achterliggende gedachte hierbij is dat de *ex ante* bevoegdheden van de NZa zich beter lenen voor het bewerkstelligen van concurrentie, dan de *ex post* bevoegdheden van de NMa.¹⁵ En zo geschiedde – na overleg met de NMa – in deze zaak (randnummer 3). Dit neemt echter niet weg dat, als je de motivering in deze zaak leest, gesteld zou kunnen worden dat Van Dalen al vóór het optreden van de NZa misbruik van zijn machtspositie had gemaakt. Uit het besluit volgt immers dat Van Dalen de afgelopen twee jaar geen overeenkomsten met een preferentiebeleid heeft gesloten met Menzis of andere zorgverzekeraars (behoudens met CZ voor een periode van drie maanden, randnummer 15 en 16). Mogelijk had de NMa dus op grond van artikel 24 Mw *ex post* kunnen ingrijpen. De NMa heeft echter geen prioriteit aan deze zaak gegeven.¹⁶ De NZa is op grond van artikel 7 lid 4 Samenwerkingsprotocol wel gehouden om de NMa (1) te consulte-

ren met betrekking tot de concrete toepassing van haar AMM-bevoegdheid en (2) de gelegenheid te bieden om binnen een redelijke termijn een zienswijze af te geven.¹⁷ Overigens is de ‘voorrangspositie’ van de NZa niet vanzelfsprekend indien er sprake is van praktijken die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. De NMa is namelijk op grond van artikel 3 Verordening (EG) nr. 1/2003 gehouden ook het Europees misbruikverbod (art. 102 VWEU) toe te passen als zij het nationale misbruikverbod toepast op door artikel 102 VWEU verboden misbruiken.

Geografische marktafbakening en de gevolgen daarvan

De NZa sluit voor het afbakenen van zowel de relevante productmarkt als de geografische markt aan bij twee besluiten van de NMa uit 2004 over een groep van apotheken, respectievelijk in Assen en Tilburg. In beide zaken wordt de markt in beginsel lokaal afgebakend. Uit een onderzoek van de Stichting Farmaceutische Kengentallen (SFK) uit 2001 is gebleken dat – op landelijke basis gemeten – 65 procent van alle verstrekte geneesmiddelen bestemd is voor patiënten die binnen een straal van één kilometer van de apotheek wonen, en binnen een straal van drie kilometer is dat aandeel 91 procent. In beide zaken werd evenwel de geografische markt afgebakend tot de gemeente en enkele randgemeenten. De geografische markt bestreek derhalve een aanzienlijk grotere cirkel dan één tot drie kilometer. In beide besluiten wordt niet duidelijk hoe de NMa tot die ruimere marktafbakening is gekomen, maar wij veronderstellen dat de NMa een vorm van ketenconcurrentie heeft aangenomen; elke apotheek stond in directe concurrentie met een ‘aangrenzende’ apotheek.

Het CBb acht de afbakening van de relevante markt niet bij voorbaat onjuist. Hiermee gaat het CBb – bij afwezigheid van volgens het CBb steekhoudende tegenargumenten – mee met de beperkte onderbouwing van de NZa. Hieruit zou de NZa kunnen afleiden dat het in de toekomst vrij gemakkelijk verplichtingen kan opleggen in het kader van een voorlopige maatregel en dat deze onderbouwing in het kader van haar 48 Wmg-besluit allicht voldoende is.

Wij spreken de hoop uit dat de NZa in haar onderzoek op grond van artikel 48 Wmg dieper op de marktafbakening zal ingaan, want in deze casus bestaan er ons inziens omstandigheden die een ruimere marktafbakening kunnen rechtvaardigen.

In de eerste plaats is Zeeuws-Vlaanderen een dunbevolkt gebied. Uit het besluit van de NZa blijkt dat de eerstvolgende apotheekhoudende in Oostburg is gevestigd (randnummer 55). Deze apotheek blijkt 11 km verwijderd van Van Dalen. Raadpleging van googlemaps leert verder dat in Zeeuws-Vlaanderen, op een afstand

11. Zie NMa-agenda's 2004, 2005, 2006, 2007 en 2008, 2010-2011.

12. Zie C.C. Meijer, 'De NZa-autoriteit in ontwikkeling', *M&M* 2006, p. 183-188.

13. Zie W. Sauter, 'Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg', *M&M* 2007, p. 4.

14. *Ibid.* Samenwerkingsprotocol NMa/NZa.

15. *Ibid.* W. Sauter, p. 4.

16. Zie NMa-besluit van 4 september 2009, zaak 6747, *Menzis/Apotheek Van Dalen*.

17. De NZa heeft vanwege het spoedeisende belang binnen drie maanden een besluit genomen, waardoor ook de periode voor de NMa om haar zienswijze af te geven vermoedelijk beperkt is geweest. Er is overleg geweest tussen de NZa en de NMa. Het is ons niet bekend dat de NMa een schriftelijke zienswijze heeft afgegeven. Allicht vindt dit nog plaats in het kader van de art. 48 Wmg-procedure.

van 15 km, een apotheek is gevestigd in Sluis en op een afstand van meer dan 20 km enkele apotheken zijn gevestigd in Terneuzen en omstreken. Aan de overkant van de Westerschelde, op een afstand van 5 tot 8 km, zijn zes apotheken in en rondom Vlissingen gevestigd. Het moge duidelijk zijn dat de mensen in Zeeuws-Vlaanderen relatief ver van hun apotheek wonen (en gewend zijn aan reizen).

In de tweede plaats wijst de NZa op het bestaan van apotheekhoudende huisartsen in dunbevolkte gebieden (randnummer 48). Hieraan verbindt zij echter geen consequenties voor de afbakening van de geografische markt. Terwijl de geografische markt mogelijk ruimer is – bijvoorbeeld bovenlokaal of regionaal, in plaats van ‘zeer lokaal’ – als (keten)concurrentie wordt verondersteld met apotheekhoudende huisartsen. Ten minste mag worden verondersteld dat het meerekenen van marktaandeelen van apotheekhoudende huisartsen een relativering van de gestelde marktmacht van Van Dalen betekent. Terzijde merken wij op dat voor apotheekhoudende huisartsen een nauwe marktabakening dezelfde gevolgen heeft als die thans aan Van Dalen zijn opgelegd.

In de derde plaats ten slotte vragen wij ons hoe het komt dat er zo weinig apotheken zijn gevestigd in Zeeuws-Vlaanderen. Het vestigingsbeleid bestaat niet meer (als het goed is)¹⁸ en mogelijk is de markt in Zeeuws-Vlaanderen dus verzadigd. Als dit een economisch gegeven is, kan worden betoogd dat de apotheekmarkt in Zeeuws-Vlaanderen grotere cirkels (ruimer dan zeer lokaal) bestrijkt dan die uit het SFK-onderzoek.

Het zijn omstandigheden die naar onze mening in het kader van de toepassing van artikel 48 Wmg tenminste nadere onderbouwing behoeven. Deze visie wordt verstrekt door het feit dat uit een voorlopig onderzoek van de NZa in het kader van het kort geding is gebleken dat de geografische grens rondom een apotheek 4.5 à 5 km is. De enige apotheek in een cirkel met een dergelijke straal beschikt volgens de NZa over AMM. Uit de ons beschikbare informatie blijkt niet dat dit onderzoek zich specifiek richt op dunbevolkte gebieden. Integendeel, het lijkt zich op apotheken in zijn algemeenheid te hebben gericht. Het oordeel van de NZa om de geografische markt in het onderhavige dunbevolkt gebied als ‘zeer lokaal’ af te bakenen (een straal van 3 of 4.5 à 5 km), is ons inziens wel erg apodictisch.¹⁹

Redenen voor de NZa om in te grijpen

De NZa had tot heden slechts vijf besluiten genomen over AMM-klachten (alle afgewezen).²⁰ Wel wordt volgens NZa-medewerkers, zo blijkt uit het eerste Evalua-

tierapport Wmg,²¹ op raad van bestuurniveau soms geprobeerd problemen via informeel overleg op te lossen, via zogenoemde ‘wenkbrauwgesprekken’ met de betreffende marktpartijen. Op enkele van de afwijzende besluiten is kritiek geuit wegens het niet-systematisch onderzoeken of er sprake was van AMM (en dus niet conform de Beleidsregel AMM van de NZa).²² Deze kritiek lijkt de NZa zich aan te trekken bij haar eerste toepassing van haar AMM-bevoegdheid op grond van artikel 49 Wmg.

De NZa beoogt met het spoedbesluit nadelige financiële gevolgen voor de consument te voorkomen (onnodige hoge prijzen voor geneesmiddelen, die uiteindelijk zullen leiden tot hogere zorgpremies en daarmee nadelige gevolgen hebben voor de betaalbaarheid van de zorg). Door Van Dalen nu te verplichten een contract te ondertekenen, wil de NZa tegengaan dat ook andere apotheken die voor de zorgverzekeraar de enige onderhandelingspartner zijn, geen contract afsluiten vanwege het preferentiebeleid. De NZa vermoedde namelijk dat dit wel het geval zou zijn. De NZa had hiervoor de volgende aanwijzingen: (1) een relatief hoog aantal contractopzeggingen door apotheken, waarna deze tegenvoorstellen deden zonder preferentiebeleid,²³ (2) mediaberichten die de voornoemde stellingname van apothekers bevestigden, en (3) (ten overvloede) Van Dalen nam (op dat moment nog) zitting in het hoofdbestuur van de KNMP en bekleedde daarmee een invloedrijke positie in apothekersland.

Het lijkt erop dat de NZa met deze AMM-beslissing de apothekers in het algemeen heeft willen disciplineren, want zo blijkt uit het persbericht: ‘Als veel apotheken het preferentiebeleid niet langer zullen uitvoeren, zal dit het effect van het selectief inkopen van geneesmiddelen teniet doen.’²⁴

Opvallend aan de uitspraak van het CBB is dat het CBB met Menzis als klager geen rekening houdt, aangezien de marktpositie van Menzis in haar ogen te gering is. Menzis was door het CBB wel gevraagd deel te nemen aan de procedure, maar zij is hier niet toe overgegaan. Misschien een gemiste kans, want zij had dan kunnen betogen hoe belangrijk het voor haar is om als kleine marktpartij een preferentiebeleid te kunnen afdwingen, juist om met bijvoorbeeld CZ in concurrentie te kunnen treden. Anderzijds kan Menzis met de motivering van de CBB-uitspraak in de hand bij de NZa op grond van

18. NMa-besluit zaak 2688, *Tilburg*, randnummer 46.

19. Overigens zegt het feit dat verzekeraars de apotheekmarkt ‘zeer lokaal’ kwalificeren niet veel, want eerder leek dit nog een wens van hen. Zo blijkt uit bovengenoemde NMa-besluiten dat zorgverzekeraars hun verzekerden bepaald niet stimuleren hun apotheekzorg bij verschillende apotheken af te nemen (zie NMa-besluit zaak 2688, *Tilburg*, randnummer 48 en 49).

20. Zie <<http://www.nza.nl/zorgonderwerpen/dossiers/AMM/besluiten/AMM/#>> en voor een bespreking van de besluiten Evaluatierapport Wmg, p. 41-42.

21. Evaluatierapport Wmg, p. 40.

22. Zie C.C. Meijer, ‘Beleidsregel AMM in de zorg – een groeimodel’, *M&M* 2007, p. 219-225.

23. Veelal op basis van een format van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van der Pharmacie (KNMP). CZ, Menzis en UVIT hebben in een klacht bij de NMa gesteld dat de KNMP in 2009 een inbreuk heeft gemaakt op het kartelverbod door haar leden aan te zetten tot het opzeggen van contracten o.a. met hen en met zorgverzekeraars een overeenkomst te sluiten conform het format van de KNMP. De NMa heeft echter geen prioriteit aan deze klacht gegeven, wat door de zorgverzekeraars waarschijnlijk als opmerkelijk zal worden ervaren. Zie NMa-besluit van 12 april 2010, zaak 6824, *Zorgverzekeraars/KNMP en apothekers*.

24. Vgl. NZa-persbericht, *NZa verplicht apotheek tot sluiten contract, Marktmeester zet instrument aanmerkelijke marktmacht in*, 18 november 2009.

artikel 48 lid 1 sub b Wmg eenzelfde contract als dat van CZ met Van Dalen afdwingen.²⁵ Het voordeel van *first mover* is Menzis in ieder geval misgelopen.

Ingreep

De NZa acht het *prima facie* aannemelijk dat de geconstateerde problemen het meest effectief kunnen worden voorkomen door Van Dalen de verplichting op te leggen om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgverzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst (art. 48 lid 1 sub e Wmg). De NZa geeft in haar spoedbesluit handvatten hiervoor, die als minimumvereisten kunnen worden gehanteerd door zorgverzekeraars om met AMM-apotheken te contracteren:

- redelijk tarief voor de terhandstelling van middelen, zodat de apotheker in staat is kwalitatieve goede zorgen te verlenen (randnummer 102);
- looptijd van het contract één jaar (randnummer 103 en 120);
- het contract moet voldoen aan de vereisten van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van een civiele overeenkomst (randnummer 104-105);²⁶
- opname van een preferentiebeleid is toegestaan. Op grond van de Zorgverzekeringswet en het Besluit Zorgverzekering hebben de zorgverzekeraars ten aanzien van farmaceutische hulp een zorgplicht (art. 10 en 11 Zvw). Bovendien wordt een preferentiebeleid hierin uitdrukkelijk toegestaan (art. 2.8 Besluit Zorgverzekering);
- de zorgverzekeraar moet op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg uitvoering geven aan de tariefbeschikkingen van de NZa. Hierin zijn de voorwaarden en grenzen voor het tarief voor terhandstelling van geneesmiddelen bepaald;
- tijdige terbeschikkingstelling van het contract. Dit betekent dat enkele weken voor het einde van het jaar het contract door de zorgverzekeraar moet worden aangeboden aan de apotheker (randnummer 118);
- er moet een redelijke termijn worden gehanteerd om de apotheker het contractaanbod te laten bestuderen. Deze termijn mag in ieder geval niet minder zijn dan twee weken vanaf het aanbieden van het contract (randnummer 119);
- enkele keren per jaar mag een nieuw preferent middel worden aangewezen door de zorgverzekeraar (randnummer 121);

Weigert een AMM-apotheker ondanks deze voorwaarden een contract te sluiten met de zorgverzekeraar dan is er mogelijk sprake van misbruik van een economische machtspositie. Als een zorgverzekeraar niet aan de bovengenoemde voorwaarden voldoet, dan is de apothe-

ker ondanks zijn AMM niet verplicht een contract met de zorgverzekeraar te sluiten. De contracteverplichting kan tot gevolg hebben dat – althans zo stelt Van Dalen – langlopende contracten moeten worden opgezegd, hetgeen tot schade zou kunnen leiden. Apothekers met een AMM dienen zich hier dus bewust van te zijn. De NZa is namelijk van mening dat het afsluiten van langlopende contracten in beginsel voor het risico van de AMM-apotheker moet komen. Dit gold in ieder geval voor Van Dalen gezien zijn voorgeschiedenis om geen preferentiebeleid te contracteren. Het arrest van het CBB doet geen afbreuk aan deze analyse van de NZa, omdat het niet op de materiële analyse is ingegaan.

Verhouding tussen artikel 49 en 48 Wmg

Menzis heeft de NZa verzocht haar AMM-bevoegdheden op grond van zowel artikel 49 als 48 Wmg toe te passen jegens Van Dalen. De NZa oordeelde – conform het verzoek van Menzis – dat gelet op de contracteer rondes 2010 het noodzakelijk was een contracteverplichting op grond van artikel 49 Wmg (spoedeisend belang) op te leggen vooruitlopende op het onderzoek inzake artikel 48 Wmg. Het lijkt erop dat voor de NZa de maat vol was, want over de contracteer rondes van de jaren daarvoor had zij zich niet bekommerd.²⁷

Een AMM-onderzoek op grond van artikel 48 Wmg kon gezien de duur en de omvang van een dergelijk onderzoek niet op korte termijn soelaas bieden. De opgelegde verplichting gold voor een periode van zes maanden.²⁸ Het CBB heeft aangegeven dat als gevolg van de overeenkomst tussen Van Dalen en CZ het spoedeisend belang te gering is geworden; voor 66 procent van de klanten van Van Dalen geldt immers nu een ‘preferentiebeleid’ en het gevreesde uitstralende effect van de opstelling van Van Dalen kan daarom aanzienlijk worden gerelativeerd. Aan de tweede voorwaarde voor spoedeisend belang wordt volgens het CBB niet langer voldaan, dat wil zeggen de publieke zorgbelangen en/of de belangen voor de bevordering of instandhouding van de daadwerkelijke mededinging worden niet langer in ernstige mate getroffen.

De NZa heeft aangekondigd dat zij na de vaststelling van dit besluit het AMM-onderzoek op grond van artikel 48 Wmg zou starten. Het daarop te nemen besluit – dat in het najaar van 2010 wordt verwacht (hopelijk voor de nieuwe contracteer rondes)²⁹ – zal concreet duidelijkheid moeten geven over de voorwaarden en omstandigheden waaronder een AMM-apotheek een overeenkomst met preferentiebeleid moet accepteren. Het CBB heeft aangegeven dat de NZa in het desbetreffende onderzoek ook moet oordelen of de strikte handhaving van het preferentiebeleid noodzakelijk is om de

25. Tenzij Van Dalen een weigering daarvan op objectieve gronden kan rechtvaardigen. Art. 48 lid 1 sub b Wmg bepaalt: de verplichting om bij de levering van door de zorgautoriteit te bepalen diensten, de afnemers van die diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen.

26. De NZa verwijst naar civiele procedures waarin de rechter heeft bepaald dat de toepassing van het individuele preferentiebeleid naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet als onaanvaardbaar is te kwalificeren (randnummer 105).

27. In de Monitor Contractering Farmacie 2009, Eerste ervaringen met flexibel tarief, o.a. p. 9, gaf de NZa al aan niet te schromen haar AMM-bevoegdheid in te zetten (zie <www.nza.nl>).

28. Van 18 november 2009 tot 18 mei 2010. Het CBB heeft uitspraak gedaan zes dagen voor het einde van de AMM-verplichting. De NZa had echter op grond van art. 49 lid 3 Wmg de bevoegdheid de AMM-verplichting eenmalig met zes maanden te verlengen.

29. NZa-persbericht, *Apotheker tekent alsnog contract met verzekeraar*, 17 mei 2010.

prijs van geneesmiddelen beheersbaar te houden. Verder zal de NMa de mogelijkheid worden geboden een zienswijze te geven, die mogelijk nieuwe inzichten voor de NZa met zich zal brengen. Indien de NZa op grond van het nadere onderzoek tot de conclusie komt dat Van Dalen daadwerkelijk een AMM heeft – de NZa zal daarvoor opnieuw de relevante markt moeten afbakenen –, dan zou dit kunnen betekenen dat de NZa aan Van Dalen een contracteerplicht oplegt voor een periode van maximaal drie jaar (art. 48 lid 5 Wmg). Hiervan zouden Menzis en andere zorgverzekeraars dan kunnen profiteren. Denkbaar is echter dat die contracteerplicht niet verder reikt dan de voorwaarden van de huidige overeenkomst met CZ. De NZa kan natuurlijk ook nog een ‘afwijzend’ besluit nemen waarin zij tot de conclusie komt dat Van Dalen geen machtspositie heeft. Tot slot zij opgemerkt dat de NZa heeft aangekondigd dat zij de farmaceutische sector in een breder perspectief zal onderzoeken; in 2010 zal de NZa een monitor farmacie uitbrengen.

Conclusie

De NZa geeft in het onderhavige *prima facie* besluit slechts een beperkte onderbouwing van de relevante geografische markt. De onderbouwing is gebaseerd op twee relatief oude, en enige besluiten van de NMa over de apotheekmarkt, én een algemeen onderzoek van SFK uit 2001. Hier had men allicht meer van mogen verwachten. Toch heeft het CBb de *prima facie* marktafbakening bekrachtigd en mag voorzichtig de conclusie worden getrokken dat de NZa in de toekomst vrij gemakkelijk verplichtingen kan opleggen in het kader van een voorlopige maatregel. Natuurlijk moet een marktafbakening bij het opleggen van een voorlopige maatregel noodgedwongen vluchtiger worden verricht dan in een bodembesluit. Slagvaardigheid heeft dan prioriteit. Tegelijkertijd heeft dit ingrijpende gevolgen voor het ondernemerschap in de zorg en krijgt marktwerking in de zorg misschien te weinig kans.

Wij spreken de hoop uit dat de NZa in haar onderzoek op grond van artikel 48 Wmg en het desbetreffende besluit dieper op de marktafbakening zal ingaan. Daarbij zou zij uitdrukkelijker aandacht kunnen besteden aan de omstandigheden van zorgverlening in dunbevolkt gebied.