

Annotatie

Menzis – Apotheek Van Dalen

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

Besluit NZa, 22 februari 2011, eerste toepassing van aanmerkelijke marktmachtbevoegdheid (art. 48 Wmg)

Feiten¹

O.M.W. Menzis Zorgverzekeraar U.A. en O.M.W. Anderzorg U.A. (hierna gezamenlijk: Menzis) zijn zorgverzekeraar. Menzis heeft een klacht ingediend bij de NMa en de NZa, omdat Apotheek J.D. Van Dalen (Apotheek Van Dalen) geen contract met Menzis wil sluiten als het preferentiebeleid van Menzis daar onderdeel van uitmaakt. Hierdoor wordt Menzis, die een zorgplicht² heeft, geconfronteerd met prijzen die niet marktconform zijn. Apotheek Van Dalen kan, volgens Menzis, weigeren om een contract te sluiten omdat zij aanmerkelijke marktmacht heeft. De NZa neemt – in overleg met de NMa³ – op grond van de voorrangsregel uit artikel 18 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) en het Samenwerkingsprotocol⁴ de klacht van Menzis in behandeling.

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

1. De NZa heeft op grond van art. 49 jo. 48 Wmg op 18 november 2009 in deze zaak een prima facie besluit genomen. Dit besluit en het verzoek om een voorlopige voorziening aan het Cbb zijn door ons in dit tijdschrift al besproken ('Menzis – Apotheek J.D. van Dalen', M&M 2010/3, p. 114-120). De feiten en beoordeling zetten de lijn in het prima facie besluit voort en worden daarom beknopt weergegeven.
2. Art. 11 lid 1 jo. 10 sub c Zvw. De plicht van een zorgverzekeraar om haar verzekerden toegang te geven tot zorg waar verzekerden wettelijk aanspraak op en behoefte aan hebben.
3. De NMa heeft geen prioriteit aan deze zaak gegeven. Zie NMa 4 september 2009, zaak 6747, *Menzis/Apotheek Van Dalen*.
4. Samenwerkingsprotocol tussen NMa en NZa over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, zie www.nma.net.nl.

Beoordeling NZa

In artikel 47 Wmg wordt het begrip aanmerkelijke marktmacht (ook hierna: AMM) gedefinieerd. Hieronder wordt verstaan:

‘de positie van één of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars 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 belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van: a. zijn concurrenten; b. ziektekostenverzekeraars (indien het een zorgaanbieder betreft); c. zorgaanbieders (indien het een ziektekostenverzekeraar betreft) of d. consumenten.’

Om te beoordelen of Apotheek Van Dalen een aanmerkelijke marktmacht heeft, moet de NZa de relevante markt afbakenen. De NZa gaat ervan uit dat de relevante productmarkt de markt is voor levering van receptgeneesmiddelen en UA-middelen.⁵ De NZa gaat in het besluit uit van een geografische markt met een straal van 8 kilometer om Apotheek Van Dalen. De NZa acht het echter aannemelijk dat de geografische markt kleiner is, maar dit onderscheid kan achterwege blijven omdat het de materiële beoordeling niet zou beïnvloeden.

Bij een marktaandeel van 55 procent wordt een AMM-positie vermoed. In de bovengenoemde markt heeft Apotheek Van Dalen een marktaandeel dat tussen de 90-100 procent ligt, derhalve wordt vermoed dat Apotheek Van Dalen een AMM-positie heeft. De NZa onderzoekt vervolgens of er mitigerende factoren voor de AMM-positie zijn, zoals concurrentie van bestaande nabijgelegen apotheken of internetapotheken, potentiële

5. UA-middelen zijn geneesmiddelen zonder recept maar die wel uitsluitend door een apotheek mogen worden geleverd.

toetreding en inkoopmacht van zorgverzekeraars. Al deze factoren acht de NZa in het onderhavige geval onvoldoende om de AMM-positie van Apotheek Van Dalen te neutraliseren.

De AMM-positie van Apotheek Van Dalen op de zorgverleningsmarkt stelt hem in staat om zich onafhankelijk van zorgverzekeraars en consumenten te gedragen. De verkoopmacht van Apotheek Van Dalen is tot uiting gekomen in het feit dat zorgverzekeraars geen contracten met Apotheek Van Dalen hebben kunnen afsluiten. De zorgverzekeraars kunnen derhalve niet hun door de wetgever beoogde rol van kritische zorginkoper vervullen, waardoor de zorgverzekeraar/consument met hogere geneesmiddelenprijzen worden geconfronteerd en consumenten niet de geneesmiddelen kunnen afnemen waar ze volgens hun polis aanspraak op hebben. Dit laatste kan ertoe leiden dat consumenten eigen betalingen moeten doen voor het verkrijgen van geneesmiddelen. De zorgverzekeraars zijn daarbij afhankelijk van Apotheek Van Dalen om aan hun zorgplicht te kunnen voldoen.

De NZa is van mening dat het mededingingsprobleem van de hogere dan marktconforme prijzen het beste en proportioneel kan worden voorkomen door Apotheek Van Dalen een contracteerverplichting op te leggen in de zin van artikel 48 lid 1 sub e Wmg.

Dictum

146

‘De NZa legt Apotheek Van Dalen op grond van artikel 48 lid 1 sub e Wmg de verplichting op te voldoen aan elk redelijk verzoek van zorgverzekeraars dat voldoet aan het in dit besluit gestelde. Deze verplichting geldt voor de duur van 3 jaar.’

Commentaar

(Uniforme voorbereidings)procedure besluit 48 Wmg

Artikel 48 Wmg is het zogenoemde AMM-artikel. Op grond van deze bepaling kan de NZa aan zorgverleners en zorgverzekeraars die een economische machtspositie hebben, diverse verplichtingen (a t/m l) opleggen om bestaande en nieuwe partijen de gelegenheid te geven het marktspel te spelen.⁶ Bij het opleggen van die verplichtingen moeten (1) de eisen van proportionaliteit in acht worden genomen, kunnen (2) voorschriften en beperkingen worden verbonden en wordt (3) de duur van de verplichtingen in beginsel beperkt tot drie jaar (resp. art. 48 lid 3, 4 en 5 Wmg).

De NZa legt in dit eerste ‘artikel 48 Wmg-besluit’ uitgebreid de door haar gevolgde voorbereidingsprocedure uit. De NZa heeft gesprekken gevoerd met Apotheek Van Dalen, de zorgverzekeraars, de Chronisch Zieken

en Gehandicaptenraad Nederland, de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie en de Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van de Pharmacie (KNMP). De NZa heeft hiervan gespreksverslagen gemaakt en de geïnterviewde partijen zijn in de gelegenheid gesteld om te reageren op deze gespreksverslagen. Apotheek Van Dalen heeft vooruitlopend op het ontwerpbesluit van de NZa een zienswijze ingediend bij de NZa. De NZa heeft vervolgens een ontwerpbesluit opgesteld en voorgelegd aan de NMa (‘algemene’ mededingingstoezichthouder) en de IGZ (kwaliteitstoezichthouder), die hierop hun ondersteunende zienswijzen hebben gegeven. Vervolgens is het ontwerpbesluit toegezonden aan Apotheek Van Dalen en de zorgverzekeraars. Ook heeft de NZa mededeling van terinzagelegging gedaan in de *Staatscourant* en op haar website. Belanghebbenden zijn gedurende een periode van zes weken in de gelegenheid gesteld om te reageren op het ontwerpbesluit en hebben de mogelijkheid gekregen om de relevante stukken in te zien. Apotheek Van Dalen en de KNMP hebben als belanghebbende een schriftelijke zienswijze ingediend op het ontwerpbesluit. De NZa heeft Menzis (klager) in de gelegenheid gesteld om op de zienswijzen van Apotheek Van Dalen en KNMP te reageren, waarvan Menzis gebruik heeft gemaakt. In het addendum bij het onderhavige besluit gaat de NZa, anders dan de NMa, transparant in op de behandeling van de zienswijzen en de reactie daarop van Menzis. Het is duidelijk dat de NZa in het besluitvormingsproces zo goed mogelijk de Wmg en haar AMM-beleidsregel heeft willen volgen en dit heeft willen vastleggen in het onderhavige besluit.⁷ Hiermee lijkt de NZa handen en voeten te willen geven aan de van toepassing zijnde uniforme openbare voorbereidingsprocedure (art. 48 lid 2 Wmg jo. afdeling 3.4 Awb), wat prijzenswaardig is.

Marktafbakening

In het *prima facie* besluit van 18 november 2009 baseerde de NZa de marktafbakening vrijwel geheel op twee oude besluiten van de NMa.⁸ De NZa bakende de relevante markt kortweg af tot de markt voor farmaceutische zorgverlening met een zeer lokale reikwijdte, namelijk met een straal van enkele kilometers. De NZa had een geografische markt van circa 3 kilometer voor ogen. Op deze zeer beperkte marktafbakening hebben wij in ons vorige artikel kritiek geuit.⁹

In dit besluit bakent de NZa de productmarkt preciezer af tot de *markt voor de levering van receptgeneesmiddelen en UA-geneesmiddelen*. UA-geneesmiddelen zijn geneesmiddelen die zonder recept maar uitsluitend door een apotheek (en apotheekhoudende huisarts) mogen worden verstrekt. Van de relevante productmarkt heeft de NZa uitgezonderd de geneesmiddelen die door anderen dan apotheken mogen worden verstrekt (zgn. UAD- en AV-middelen) en het leveren van hulpmiddelen.

De geografische markt blijft volgens de NZa nog steeds beperkt tot een straal van enkele kilometers. De NZa

6. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 64.

7. AMM-beleidsregel van 2 oktober 2010, AL/BR-0001, zie www.nza.nl.

8. NMa 21 juni 2004, zaak 2688 en zaak 2501.

9. *M&M* 2010/3, p. 114-120.

gaat uit van een gebied met een omtrek van 8 kilometer om Apotheek Van Dalen (randnr. 101). In het *prima facie* besluit leek de NZa nog uit te gaan van een geografische markt van circa 3 kilometer in doorsnee. En hoewel de NZa het ook in dit besluit aannemelijk acht dat de markt kleiner is dan een straal van 8 kilometer, zou de materiële beoordeling daardoor niet worden beïnvloed. In het *prima facie* besluit (randnr. 55) had de NZa immers al vastgesteld dat de eerstvolgende apotheekhoudende 11 kilometer van Apotheek Van Dalen was verwijderd.

In dit besluit baseert de NZa haar marktafbakening op (1) reeds beschikbare informatie over de geografische markt van apotheken, (2) een in opdracht van de NZa verricht extern onderzoek naar de keuzefactoren voor consumenten op de markt voor farmaceutische zorg (Ecorys-onderzoek), en (3) een eigen onderzoek c.q. kwantitatieve analyse naar de patiëntenstromen in de regio van Apotheek Van Dalen.

De reeds beschikbare informatie levert weinig nieuwe inzichten op. Sinds het *prima facie* besluit heeft de NZa nieuwe actuele data verzameld en geanalyseerd over de extramurale farmaciemarkt (Monitor extramurale farmacie 2010).¹⁰ Hieruit volgt onder meer dat bij 99,4 procent van de Nederlanders een apotheek binnen een afstand van 7,5 kilometer van hun huis is gevestigd (randnr. 88). Verder wijst de NZa op de wettelijke norm die wordt gehanteerd voor het vestigingsbeleid van apotheekhoudende huisartsen; deze is 4,5 kilometer (randnr. 92). Uit een onderzoek van NYFER uit 2006 zou blijken dat 94 procent van de patiënten altijd dezelfde apotheek bezoekt en dat slechts 1 procent structureel verschillende apotheken bezoekt (randnr. 93). Onder meer op basis van deze informatie trekt de NZa de tussenconclusie dat het werkgebied van apotheken in het algemeen lokaal is.

Uit het Ecorys-onderzoek volgt dat de nabijheid van een apotheek de belangrijkste keuzefactor is voor de consument. Het onderzoek is gebaseerd op interviews met huisartsen die geneesmiddelen voorschrijven en consumenten (ook specifiek in Breskens). Het Ecorys-onderzoek bevestigt het beeld dat in de 'reeds beschikbare informatie' wordt geschetst, aldus de NZa. Zonder afbreuk te willen doen aan het deskundige onderzoek, lijkt het ons inziens volstrekt logisch dat nabijheid een belangrijke keuzefactor is. Dat geldt wellicht voor het overgrote deel van de zorg. Een consument zal zorg niet snel als een gewoon consumptiegoed beschouwen, maar als een noodzakelijkheid waarvan de kwaliteit en betaalbaarheid door de overheid wordt gewaarborgd.

Voor consumenten lijken de kosten van de zorg slechts een beperkte rol van betekenis te spelen bij het maken van een keuze tussen zorgaanbieders. Ook in het Ecorys-onderzoek wordt die conclusie getrokken naar aanleiding van een hypothetische afriuilanalyse. Maar hoe reëel is zo'n analyse voor een dienst waarop de consument meent te allen tijd en ten volle aanspraak te kun-

nen maken, en waarvan hij de waarde nog steeds niet goed kan inschatten? Nabijheid van zorg lijkt daarom eerder een verworven recht, dan een daadwerkelijke keuzemogelijkheid om goede zorg te ontvangen. De keuze voor goede zorg wordt voornamelijk bepaald door advies van zorgprofessionals (huisartsen).

Dit gezegd hebbend, bevestigen ook de analyse van de declaratiegegevens van de zorgverzekeraars dat de geografische markt van Apotheek Van Dalen beperkt zou zijn tot enkele kilometers. Bij een grens van 8 kilometer behaalt Apotheek Van Dalen volgens die gegevens (nog steeds) 90-100 procent van haar totale afzet en heeft zij een marktaandeel van 80-90 procent op de relevante productmarkt (resp. randnr. 100 en 103).

Vervolgens beoordeelt de NZa de concurrentiedruk op Apotheek Van Dalen. Daarbij gaat de NZa nauwgezet te werk. Wat ons opvalt, is dat in het dunbevolkte gebied waarin Apotheek Van Dalen is gevestigd een te verwaarlozen deel van zijn patiëntenpopulatie (namelijk 0,8 procent) huisartsenzorg afneemt bij een van de apotheekhoudende huisartsen. Hieruit trekt de NZa de conclusie – waar moeilijk een speld tussen te krijgen is – dat de apotheekhoudende huisarts geen concurrentiedruk op Apotheek Van Dalen kan uitoefenen; hun rol blijft daarom onbesproken.

Deze notie over apotheekhoudende huisartsen duidt er ook op dat weinigen van hen in dat gebied actief zijn, terwijl de apotheekdichtheid relatief uitgestrekt is – de meest nabije apotheek ligt op 11 kilometer van Apotheek Van Dalen. Dit kan betekenen dat de meeste mensen nog steeds dicht bij een apotheek wonen en dat in de tussengebieden vrijwel geen 'consument' te vinden is. Dat laatste wordt bevestigd in het besluit waar de NZa vaststelt dat de patiëntenpopulatie van Apotheek Van Dalen uit de tussengebieden naar de huisarts in Breskens gaat (randnr. 128). Het behoeft dan geen verbazing dat deze consumenten ook naar de apotheek in Breskens gaan. De zorg lijkt in dit dunbevolkte gebied dus in geografische 'zorgkernen' te worden aangeboden. Vervolgens rijst de vraag of het reëel is te veronderstellen dat die zorgkernen met elkaar in concurrentie staan. De NZa heeft met de resultaten uit de afriuilanalyse onderbouwd dat dit niet het geval is. De NZa wijst in dat verband ook op de omstandigheid dat tussen Apotheek Van Dalen en de huisartsen in Breskens 'structurele' banden bestaan met betrekking tot de zorgverlening, zoals het verkrijgen van herhaalrecepten. De huisartsen en Apotheek Van Dalen (en ook fysiotherapeuten) zijn, net als op zoveel plaatsen in Nederland, bij elkaar gekropen in een zorgboulevard. De voordelen van die synergie spelen Apotheek Van Dalen in haar contracteerbeleid met verzekeraars wellicht nu parten.

De NZa heeft ook nog onderzocht of internetapotheken als alternatief kunnen gelden. Hier kunnen we lang of kort over zijn: internetapotheken staan nog niet goed op de kaart. Geen enkele *stakeholder* (zorgverzekeraar, huisarts, de KNMP en Apotheek Van Dalen zelf) beschouwt een internetapotheek als volwaardig alternatief. Het is allemaal nog te vroeg, maar zou een internetapotheek niet heel misschien al een (bescheiden) rol hebben kun-

10. Het onderzoek is een nulmeting van de markt, zie www.nza.nl.

nen vervullen in het verstrekken van de geneesmiddelen waarvoor Menzis het door Apotheek Van Dalen gewraakte preferentiebeleid voerde? Menzis is bepaald geen kleine verzekeraar en lijkt haar regierol in de zorg serieus te nemen. Had van haar dan niet iets meer pioniersdrang kunnen worden verwacht bij het 'invechten' in een voor haar nieuw gebied? Misschien was de aanvaskas leeg en moeten we ons beter niet bemoeien met het strategisch beleid van de verzekeraar. Hoe dan ook kostte het geen moeite om de NZa ervan te overtuigen dat internetapotheken geen concurrentiedruk konden uitoefenen op Apotheek Van Dalen.

Ten slotte gaat de NZa nog in op de mogelijkheden van compenserende factoren, zoals tegenwicht van zorgverzekeraars en nieuwe toetreders tot de markt. De NZa ziet voor beide geen kansen. Dat kon ook bijna niet anders op basis van haar voorafgaande overwegingen.

De NZa heeft in dit eerste artikel 48 Wmg-besluit het marktafbakeningsonderzoek grondig aangepakt. Allicht heeft de NZa lering willen trekken uit de procedures waarbij de Onafhankelijke Post en Telecom Autoriteit (OPTA) betrokken is geweest. Dit is op zich niet gek, omdat de preventieve AMM-toezichtsbevoegdheden van de NZa zijn vormgegeven naar het voorbeeld van de Telecommunicatiewet en haar sectorspecifieke toezichthouder, de OPTA.¹¹ De betreffende 'telecom'-jurisprudentie laat zien dat de lat ten aanzien van de marktafbakening ten behoeve van de uitoefening van AMM-bevoegdheden hoog zal moeten worden gelegd.¹² De NZa lijkt aan die hoge eisen voor de marktafbakening te hebben willen voldoen.

Samenloop NZa en NMa

In dit besluit is de spanning tussen het sectorspecifieke toezicht van de NZa en het algemene mededingingstoezicht van de NMa goed voelbaar. Menzis dient een klacht in bij zowel de NMa als de NZa. Menzis vraagt de NMa, de algemene mededingingtoezichthouder, om *ex post* handhavend op te treden tegen Apotheek Van Dalen op grond van misbruik van economische machtspositie (art. 24 Mw).¹³ Gelijktijdig vraagt Menzis de NZa, de zorgspecifieke mededingingstoezichthouder, om Apotheek Van Dalen al dan niet preventief een AMM-verplichting op te leggen. De NZa heeft bij de samenloop van bevoegdheden van de NZa en NMa

voorrang op grond van artikel 18 Wmg, en neemt in dat geval conform het Samenwerkingsprotocol de zaak in behandeling. De NMa geeft op haar beurt geen prioriteit aan de zaak.¹⁴

De NZa beschikt op grond van de Wmg over AMM-bevoegdheden teneinde het gedrag van marktpartijen met AMM te kunnen disciplineren, concurrentie te bewerkstelligen en het consumentenbelang te dienen. AMM wordt hetzelfde gedefinieerd als een 'economische machtspositie' ('EMP') in de zin van de Mededingingswet en geeft een risico op mededingingsproblemen. Daarom is de NZa bevoegd haar AMM-bevoegdheden preventief in te zetten. De NZa *voorkomt* hiermee misbruik van AMM (oftewel misbruik van EMP). De NZa hoeft in een dergelijk geval dus niet aan te tonen dat er sprake is van misbruik (*ex post*) van een AMM-/EMP-positie om haar AMM-bevoegdheden te kunnen inzetten. De NZa doorloopt, kortweg, drie stappen bij het opleggen van de AMM-verplichting:¹⁵

- afbakening van de relevante markt;
- een aanmerkelijke marktmachtanalyse maken, inclusief analyse van het bestaan van (potentiële) mededingingsproblemen; en
- bepalen of het opleggen van een proportionele verplichting mogelijk is. Deze proportionaliteitseis houdt in dat de opgelegde verplichtingen naar aard en inhoud moeten passen bij de geconstateerde specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin.¹⁶ De motivering van een AMM-besluit moet daarom de in dat besluit gemaakte keuzes kunnen dragen.¹⁷ Concreet betekent het beginsel van proportionaliteit dat de NZa, in een AMM-situatie, verplichtingen kan opleggen indien deze verplichtingen geschikt en noodzakelijk zijn om de daadwerkelijke mededinging te bevorderen. Daarbij legt de NZa in beginsel de lichtst mogelijke verplichting op die nog effectief is om in het specifieke geval de geconstateerde of verwachte mededingingsproblemen op te lossen. Hierbij moet ook door de NZa worden nagegaan of de maatregel (per saldo) een positief effect heeft.¹⁸

De NZa toetst derhalve preventief. Het opleggen van een AMM-verplichting is niet van punitieve aard, omdat de AMM-verplichting slechts tot doel heeft om de juiste feitelijke toestand in het leven te roepen.¹⁹ De AMM-bevoegdheden van de NZa zijn dermate ruim geformuleerd dat de NZa ook haar bevoegdheden kan

11. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 12, 32, 42, 44 en 49. De bevoegdheden van de OPTA om de markt te reguleren vloeien, in tegenstelling tot de bevoegdheden van de NZa, voort uit Europese regelgeving. Dit is een belangrijk verschil, aangezien het de Europese wetgever – anders dan de nationale wetgever – is toegestaan om de werking van de mededingingsbepalingen te beperken wanneer daaruit een liberalisering van de Europese markt voortvloeit. Nu Europese liberaliseringsregelgeving ten aanzien van de zorgmarkt ontbreekt, heeft dit tot gevolg dat het (algemene) mededingingsrecht en de daaraan klevende randvoorwaarden in beginsel volledig van toepassing zijn op de zorgmarkten.

12. Zie o.a. Cbb 12 januari 2011, LJN BP3263; Cbb 18 augustus 2010, LJN BQ3135; Cbb 3 mei 2011, LJN BN4243 en Cbb 13 april 2010, LJN BM3159. Zie ook A.T. Ottow en E. Doing-Bierens, 'Enige contouren van het economisch bewijsrecht', *JBplus* 2008, p. 170-187.

13. Handhavend optreden van de NMa is weliswaar *ex post*, maar zal in dat geval ook toekomstig misbruik voorkomen.

14. Zie NMa 4 september 2009, zaak 6747, *Menzis/Apotheek Van Dalen*. Apotheek Van Dalen maakte overigens bezwaar tegen het eerdere spoedeisende AMM-besluit (art. 49 Wmg) en vroeg gelijktijdig een voorlopige voorziening aan bij het Cbb. In de procedure bij het Cbb voerde Apotheek van Dalen aan dat niet de NZa, maar de NMa bevoegd was om op te treden, omdat het NZa-besluit betrekking had op de geneesmiddelenmarkt. Dit verweer werd niet door het Cbb gehonoreerd. Cbb 12 mei 2010, *Van Dalen/NZa*, LJN BM4260.

15. Zie NZa, Toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg 2010.

16. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 19-20.

17. NZa, Toelichting beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht 2008, p. 24.

18. NZa, Toelichting beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht 2008, p. 24.

19. Zie bijv. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 186, nr. 3, p. 43.

inzetten als er mogelijk al sprake is geweest van misbruik van AMM/EMP (*ex post*).²⁰ De NZa is wel verweten dat het haar in de praktijk niet zozeer om de AMM als wel om het misbruik te doen is.²¹ Een dergelijke visie van de NZa is echter logisch, omdat een onderzoek naar AMM veelal naar aanleiding van een klacht zal plaatsvinden, zoals ook in deze zaak het geval is. En een klager trekt in het algemeen pas aan de bel wanneer hij zich voelt uitgebuit of uitgesloten, kortom als er sprake is van ‘misbruik’ van AMM/EMP. Zuiver preventief AMM-toezicht is bovendien vanuit de capaciteit van de NZa bezien lastig. Van de NZa kan immers moeilijk worden verwacht dat zij lukraak relevante zorgmarkten gaat afbakenen, hetgeen, zoals in dit besluit wederom is gebleken, een zeer lastige exercitie is, die een *case by case*-benadering verlangt.²²

In dit besluit heeft de NZa uitgebreid onderzoek gedaan naar de gedragingen van Apotheek Van Dalen en de effecten daarvan op de markt. De NZa heeft haar onderzoek in vergaande mate vormgegeven, zoals de NMa dit ook zou (moeten) doen in een sanctiebesluit. Het in acht nemen van de proportionaliteit bij het opleggen van een AMM-verplichting zou de NZa daartoe ook hebben gedwongen. De motivering van het onderhavige NZa-besluit verschilt daarom slechts in een beperkte mate van de motivering van NMa-sanctiebesluit. De vraag rijst of de NMa naar aanleiding van dit NZa-besluit – op grond waarvan misbruik van economische machtspositie allerm minst kan worden uitgesloten – alsnog een onderzoek kan starten naar misbruik van economische machtspositie (*ex post* en eventueel een boete kan opleggen voor het gedrag in het verleden) en hierbij de NZa kan verzoeken om overdracht van het (bewijs)dossier van de NZa. Artikel 18 lid 3 Wmg laat hier ruimte voor: ‘De zorgautoriteit past bij mogelijke samenloop van bevoegdheden voor zover mogelijk eerst de bevoegdheden toe die zij op grond van deze wet heeft, alvorens de mededingingsautoriteit de haar ten dienste staande bevoegdheden op grond van de Mededingingswet toepast.’²³ Ook het NZa Consultatiedocument AMM 2006 laat zien dat dit niet ondenkbaar is: ‘De begrippen economische machtspositie en AMM hebben dus een andere context en dienen een ander doel en parallelle toepas-

sing in geval van samenloop is derhalve denkbaar.’²⁴ En in de informatie-uitwisseling tussen de NZa en de NMa over een bepaalde onderneming is voorzien in artikel 4 Samenwerkingsprotocol. Dus niets lijkt aan een optreden van de NMa in de weg te staan. Toch verwachten wij niet dat de NMa tegen Apotheek Van Dalen zal optreden. De NZa heeft immers het mededingingsprobleem verholpen en met dit besluit wordt ook voor de toekomst een algemeen signaal aan de apotheekmarkt afgegeven. Bovendien betrof het een ‘eerste overtreders’.²⁵ Als dit een bestendige lijn wordt, betekent dat nogal wat: zorgpartijen met AMM/EMP zouden dan – zelfs indien er sprake is van misbruik – het voordeel van misbruik genieten zonder dat hier een punitieve sanctie van de NMa tegenover staat.²⁶ De afschrikwekkende werking van het ‘gezamenlijke’ optreden van de NMa en de NZa tegen zorgpartijen met AMM/EMP lijkt daarmee gering. Dit wil overigens niet zeggen dat apothekers met AMM/EMP, die opnieuw een preferentiebeleid van een zorgverzekeraar zouden weigeren, zonder meer hun gang kunnen gaan. Want ondanks de voorrangregel voor de NZa zouden de NZa en de NMa gezamenlijk kunnen concluderen dat de inzet van de bevoegdheden van de NMa of een gezamenlijke inzet van bevoegdheden effectiever en/of efficiënter is. In de apotheekmarkt geldt met betrekking tot de contractering van een preferentiebeleid in ieder geval het adagium ‘een gewaarschuwd mens telt voor twee’.

Conclusie

Met dit eerste AMM-besluit heeft de NZa vast het zekere voor het onzekere willen nemen. Haar onderzoek is alles behalve oppervlakkig te noemen. De NZa heeft zelfs een economenbureau ingeschakeld dat het bewijs voor haar eerdere vermoeden moest aanvullen. De onderzoeksresultaten van Ecorys spelen een belangrijke rol in de motivering van dit besluit. Hiermee heeft de NZa de lat hoog gelegd (waarschijnlijk met name op grond van het proportionaliteitsvereiste bij het opleggen van een AMM-verplichting en de AMM-rechtspraak in de telecomsector). Het lijkt wel of haar onderzoek gericht was op het vaststellen van *misbruik* van een economische machtspositie. Als dat de ‘handhavingsnorm’ voor de NZa wordt, dan valt te betwijfelen of het AMM-instrumentarium daadwerkelijk wordt ingezet om misbruik van EMP te *voorkomen*. Terwijl de NZa

20. Vgl. NZa, Consultatiedocument Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) in de Zorg 2006, p. 28 en C.C. Meijer, ‘Beleidsregel AMM in de zorg – een groeimodel’, *M&M* 2007/8, p. 221.
21. C.C. Meijer, ‘Beleidsregel AMM in de zorg – een groeimodel’, *M&M* 2007/8, p. 221 en vgl. R.D. Friele (red.), *Evaluatie Wet Marktordening Gezondheidszorg*, Den Haag: ZonMw 2009, p. 33.
22. Vgl. P.D. van den Berg, ‘Verzorging van een functionerende lokale zorgmarkt: mogelijk tekortkomingen beleid NMa en NZa’, *M&M* 2010/6, p. 213.
23. Vgl. R.D. Friele (red.), *Evaluatie Wet Marktordening Gezondheidszorg*, Den Haag: ZonMw 2009, p. 33. De situatie is denkbaar dat als de NZa geen proportionele AMM-verplichting kan opleggen en wel misbruik van economische machtspositie wordt geconstateerd dat de NMa de zaak alsnog zal onderzoeken.

24. NZa Consultatiedocument Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) in de Zorg 2006, p. 28. Het prioriteringsbesluit (zaak 6747) van de NMa staat evenmin aan een onderzoek van de NMa in de weg: ‘Gezien het voorkomen van de NZa om de klacht van Menzis in behandeling te nemen, is het voor de NMa niet doeltreffend of doelmatig om op te treden. In het licht van dit prioriteringscriterium zal de NMa dan ook geen onderzoek doen naar aanleiding van uw klacht en zal het dossier worden gesloten. Dit sluit overigens niet uit dat de afweging in de toekomst anders zou kunnen uitvallen.’
25. De omgekeerde situatie waarin de NMa een boete oplegt op grond van misbruik van economische machtspositie, waarna de NZa aansluitend een preventieve AMM-verplichting oplegt, is eveneens onwaarschijnlijk. Immers, het boetebesluit impliceert dat het desbetreffende gedrag in de toekomst uiteraard gestaakt dient te blijven.
26. De AMM-verplichting van de NZa is geen punitieve sanctie; pas het niet naleven van de AMM-verplichting kan worden beboet.

mede met dit doel is opgericht. Daarbij is de afschrikwekkende werking van een AMM-verplichting in tegenstelling tot een NMa-boete gering en daarom blijft het de vraag of de NMa in casu niet beter had kunnen optreden in plaats van de NZa.

De NZa lijkt een veilige route te hebben gekozen om het AMM-instrument in te zetten tegen een individuele beroepsbeoefenaar in een dunbevolkt gebied. Maar dat de NZa haar pijlen niet heeft gericht op een zorgverzekeraar is te begrijpen nu de NMa zich vooralsnog op het standpunt heeft gesteld dat zorgverzekeraars geen misbruik van hun (eventuele) machtspositie kunnen maken vanwege hun wettelijke zorgplicht en bovendien in concurrentie zijn op een landelijke markt. Als gezegd in onze vorige annotatie in deze zaak, lijkt het erop dat de NZa met deze AMM-beslissing de apothekers in het algemeen heeft willen disciplineren, want zo bleek uit het persbericht destijds: 'Als veel apotheken het preferentiebeleid niet langer zullen uitvoeren, zal dit het effect van het selectief inkopen van geneesmiddelen teniet doen.'²⁷

27. *M&M* 2010/3, p. 118 en NZa-persbericht van 18 november 2009.