

**OPENBARE VERSIE\***

**BESLUIT**

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Zorgautoriteit als bedoeld in artikel 49 lid 1 van de Wet Marktordening Gezondheidszorg.

1. Inleiding
2. Partijen betrokken bij formele aanvraag
3. Procedure
4. Feiten
5. Beschrijving van de markt
  - 5.1 Zorgverleningmarkt
  - 5.2 Zorgverzekeringsmarkt
  - 5.3 Zorginkoopmarkt
6. Beoordelingskader
7. Beoordeling redelijk vermoeden van AMM
  - 7.1 Beoordeling relevante markt
    - 7.1.1 Productmarkt
    - 7.1.2 Geografische markt
  - 7.2 Beoordeling redelijk vermoeden van Aanmerkelijke Marktmacht
    - 7.2.1 Positie op de markt
    - 7.2.2 Compenserende factoren
8. Mededingingsprobleem en gevolgen
  - 8.1 Verkoopmacht
  - 8.2 Gevolgen van verkoopmacht op betaalbaarheid
9. Spoedeisend belang
10. Verplichting
  - 10.1 Artikel 48 lid 1 sub e Wmg
  - 10.2 Redelijk verzoek
  - 10.3 Redelijke voorwaarden
  - 10.4 Proportionaliteit
    - 10.4.1 De geschiktheid van de verplichting
    - 10.4.2 De noodzaak van de verplichting
    - 10.4.3 Belangenafweging
11. Dictum

---

\* In deze openbare versie van het besluit zijn delen van de tekst vervangen of weggelaten om redenen van vertrouwelijkheid. Vervangen of weggelaten delen zijn met vierkante haken aangegeven.

## 1. Inleiding

1. Bij brief van 31 juli 2009 heeft de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) een klacht ontvangen van O.W.M. Menzis Zorgverzekeraar U.A. en O.W.M. Anderzorg U.A. (hierna gezamenlijk te noemen: Menzis) over Apotheek J.D. van Dalen B.V., gevestigd te Breskens (hierna: Apotheek Van Dalen).
2. De klacht betreft het verzoek van Menzis om verplichtingen op te leggen in het kader van artikelen 48 en 49 van de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg). Menzis stelt in haar brief dat Apotheek Van Dalen beschikt over Aanmerkelijke Marktmacht (hierna: AMM). Menzis geeft aan dat Apotheek Van Dalen geen contract wil sluiten met Menzis als het preferentiebeleid dat Menzis voert daar onderdeel van uitmaakt. Volgens Menzis wordt deze weigering mogelijk gemaakt door de AMM-positie van Apotheek Van Dalen en zou een verplichting als genoemd in artikel 48 lid 1 sub e Wmg aangewezen zijn. Vanwege het door Menzis gestelde spoedeisende belang is tevens verzocht om op grond van artikel 49 Wmg deze verplichting vooruitlopend op het AMM-onderzoek in het kader van artikel 48 Wmg op te leggen.
3. Menzis heeft tevens een klacht inzake misbruik economische machtspositie van Apotheek Van Dalen bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) ingediend. Op grond van artikel 18 Wmg en het samenwerkingsprotocol tussen de NMa en de NZa is deze zaak – in overleg met de NMa – in behandeling genomen door de NZa.
4. De NZa is naar aanleiding van de klacht van Menzis een onderzoek in het kader van AMM gestart, gericht op Apotheek Van Dalen. Hiertoe zijn gesprekken met Menzis en Apotheek Van Dalen gevoerd. Daarnaast heeft NZa ambtshalve onderzocht welke effecten de vermeende AMM-positie van Apotheek Van Dalen heeft of zou kunnen hebben in de relatie tot andere zorgverzekeraars. Om dit te onderzoeken zijn gesprekken gevoerd met zorgverzekeraars UVIT en CZ.
5. Gelet op het verzoek om op grond van artikel 49 Wmg vooruitlopend op de toepassing van artikel 48 een verplichting aan Apotheek Van Dalen op te leggen, is eerst beoordeeld of hiertoe aanleiding bestaat. Dit besluit ziet enkel daarop.
6. Dit besluit ziet enkel op het preferentiebeleid zoals (onder meer) gevoerd door Menzis. Deze vorm van preferentiebeleid wordt nader beschreven in het hoofdstuk over de beschrijving van de markt. Andere vormen van selectieve inkoop inzake geneesmiddelen en/of andere vormen van preferentiebeleid vallen derhalve buiten de reikwijdte van dit besluit.

## 2. Partijen betrokken bij formele aanvraag

7. Menzis is zorgverzekeraar in de zin van artikel 1 onder d van de Wmg. Onder het stelsel van de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) heeft een zorgverzekeraar zorgplicht richting zijn verzekerden<sup>1</sup>. Om deze zorgplicht met betrekking tot een polis met gecontracteerde zorg te kunnen vervullen, koopt een zorgverzekeraar de zorg in bij zorgaanbieders.
8. Apotheek Van Dalen is een openbare apotheek<sup>2</sup>, gevestigd in Breskens. Apotheker J.D. van Dalen is apotheker in de zin van artikelen 22 en 23 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Apotheek Van Dalen bereidt en verstrekt middelen als bedoeld in artikel 1 van de Geneesmiddelenwet.

---

<sup>1</sup> Artikel 11 lid 1 Zvw.

<sup>2</sup> Een openbare apotheek verstrekt extramuraal farmaceutische zorg, zie ook hoofdstuk 5 over de beschrijving van de markt. Onder openbare apotheek wordt in dit besluit geen internetapotheek verstaan.

Apotheek Van Dalen is zorgaanbieder als bedoeld in artikel 1 sub c Wmg en valt daarmee onder het toezicht van de NZa op grond van artikelen 48 en 49 Wmg.

### **3. Procedure**

9. De NZa heeft naar aanleiding van de klacht gesprekken gevoerd met Menzis op 17 september, 16 oktober en 2 november 2009. De NZa heeft voorts op 9 oktober 2009 gesproken met Apotheek Van Dalen.
10. Daarnaast heeft de NZa op 27 oktober 2009 gesproken met UVIT<sup>3</sup>. UVIT is zorgverzekeraar in de zin van artikel 1 onder d van de Wmg.
11. Op 28 oktober 2009 heeft de NZa gesproken met CZ<sup>4</sup>. CZ is zorgverzekeraar in de zin van artikel 1 onder d van de Wmg.
12. De NZa heeft verslagen opgesteld van de gevoerde gesprekken. Partijen hebben gelegenheid gehad om te reageren op de gespreksverslagen van de met hen gevoerde gesprekken. Apotheek Van Dalen heeft tevens schriftelijk een aanvullende reactie gegeven. De informatie die voortvloeit uit de gesprekken en de reacties hierop evenals de aanvullende reactie, is meegewogen in dit besluit.

### **4. Feiten**

13. Ten behoeve van het vervullen van zijn zorgplicht wil Menzis een contract sluiten met Apotheek Van Dalen. Dit geldt ook voor zorgverzekeraars UVIT en CZ.
14. Sinds 1 juli 2005 voert Menzis een preferentiebeleid. Dit houdt in dat Menzis voor een aantal werkzame stoffen één of meerdere geneesmiddelen aanwijst op verstrekking of vergoeding waarvan de verzekerde recht heeft met uitsluiting van andere geneesmiddelen met diezelfde werkzame stoffen<sup>5</sup>. Het preferentiebeleid van Menzis besloeg in de beginjaren slechts een beperkt deel van de farmaceutische zorg: in de eerste helft van 2008 is één geneesmiddel als preferent aangewezen. Daarna zijn op verschillende momenten middelen daaraan toegevoegd. Vanaf 1 november 2009 zijn in totaal 49 middelen als preferent aangewezen door Menzis.
15. De NZa is gebleken dat er tussen Apotheek Van Dalen en zorgverzekeraars die een preferentiebeleid voeren (waaronder Menzis) afgelopen 2 jaar geen overeenkomsten zijn gesloten en dat in deze periode Apotheek van Dalen ook geen uitvoering heeft gegeven aan het preferentiebeleid.
16. In de eerste helft van 2009 hebben Apotheek van Dalen en CZ geprobeerd om overeenstemming te bereiken over de voorwaarden waaronder Apotheek Van Dalen het preferentiebeleid bereid was uit te voeren. Dit heeft ertoe geleid dat Apotheek Van Dalen in maart 2009 uitvoering is gaan geven aan het preferentiebeleid. Omdat Apotheek Van Dalen en CZ uiteindelijk niet tot overeenstemming zijn gekomen over de financiële afhandeling van de periode daarvoor, is Apotheek van Dalen in mei 2009 weer gestopt met het uitvoeren van het preferentiebeleid waaronder ook dat van Menzis<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> UVIT is een combinatie van zorgverzekeraars Univé, VGZ, IZA en Trias.

<sup>4</sup> Onder CZ vallen de zorgverzekeraars Delta Lloyd en Ohra.

<sup>5</sup> Mocht behandeling met een door Menzis aangewezen preferent geneesmiddel medisch niet verantwoord zijn, dan heeft de verzekerde recht op (vergoeding van) een ander geneesmiddel.

<sup>6</sup> Dit blijkt tevens uit een brief van 29 mei van Apotheek van Dalen aan Menzis.

## 5. Beschrijving van de markt

17. In de Memorie van Toelichting bij de Wmg wordt de zogenaamde zorgdriehoek geschetst: de zorgverleningsmarkt, de zorgverzekeringsmarkt en de zorginkoopmarkt<sup>7</sup>. Bij de beoordeling in dit besluit spelen deze drie overkoepelende marktbegrippen, en de interactie tussen de spelers die in de zorgdriehoek acteren, een belangrijke rol.

### 5.1 Zorgverleningsmarkt

18. Apotheken<sup>8</sup> bieden farmaceutische zorg aan<sup>9</sup>. Onderdeel daarvan is het verstrekken van geneesmiddelen aan de patiënt. Dit gebeurt (grotendeels) op recept van een huisarts of een medisch specialist.
19. Geneesmiddelen zijn – kort gezegd - te onderscheiden in specialités en generieke middelen. Specialités zijn geneesmiddelen waarop gedurende een aantal jaren een octrooi rust of heeft gerust. Na afloop van het octrooi mogen alternatieven (met hetzelfde therapeutische equivalent) op de markt gebracht worden. Deze alternatieven worden generieke middelen genoemd. Een generiek middel is een therapeutisch equivalent van het spécialité: deze middelen bevatten dezelfde werkzame stof en hebben daarmee dezelfde werking en dus dezelfde kwaliteit<sup>10</sup>. Na afloop van het octrooi ontstaat derhalve concurrentie tussen deze middelen met dezelfde werkzame stof.
20. Een huisarts of een medisch specialist bepaalt vanuit zorginhoudelijke optiek of een patiënt het spécialité of een middel met een bepaalde werkzame stof behoeft. In het eerste geval is een apotheek – gelet op de medische noodzaak – verplicht het spécialité te leveren. Als een middel met een bepaalde werkzame stof wordt voorgeschreven, is er in beginsel vanuit medisch inhoudelijk oogpunt geen voorkeur voor een bepaald merk.
21. Tarieven voor de terhandstelling van geneesmiddelen worden gereguleerd door de NZa. Deze regulering is vastgelegd in een tariefbeschikking<sup>11</sup>. Kort weergegeven komt deze erop neer dat aanbieders van farmaceutische zorg maximaal het door de NZa vastgestelde maximumtarief in rekening mogen brengen voor de terhandstelling van een geneesmiddel dat uitsluitend op recept bij een apotheek verkrijgbaar is<sup>12</sup>.
22. Naast dit tarief mag een apotheek bij de declaratie van de geneesmiddelen zelf (maximaal) de zogeheten taxe-prijs van een middel in rekening brengen minus een clawback<sup>13</sup>. De taxe-prijs van een geneesmiddel wordt door de fabrikant van het geneesmiddel binnen de grenzen van de Wet Geneesmiddelenprijzen vastgesteld.
23. De fabrikant heeft – om de gunst van de apotheek voor zich te winnen – de prikkel om de taxe-prijs dusdanig vast te stellen dat hij de apotheek een concurrerende

<sup>7</sup> Zie pagina 9 en 10 van de Memorie van Toelichting bij de Wmg.

<sup>8</sup> Naast openbare apotheken als Apotheek Van Dalen zijn dit internetapotheken, apotheekhoudende huisartsen, dienstapotheken, en poliklinische apotheken.

<sup>9</sup> Onder farmaceutische zorg wordt verstaan: het verstrekken van: i) voorgeschreven receptgeneesmiddelen van huisartsen of medisch specialisten en de daarbij behorende zorg als medicatiebewaking en voorlichting, ii) hulpmiddelen en andere middelen zoals incontinentiemateriaal en iii) zogenoemde zelfzorggeneesmiddelen.

<sup>10</sup> Zie uitspraak rechtbank Zwolle van 26 augustus 2008 (overweging 5.3.2): LJN: BE9192, Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle, 146805/KG ZA 08 – 316.

<sup>11</sup> Nu geldt tariefbeschikking: NZa-nummer 5200-1900-09-3.

<sup>12</sup> Dit is de receptregelvergoeding: een vaste vergoeding per recept.

<sup>13</sup> Dit houdt in dat een gedeelte van het door de apotheker genoten inkoopvoordeel op basis van een door de NZa vastgesteld percentage van de Apotheek Inkoopprijs (AIP) terugbetaald moet worden, met een maximum bedrag per recept. Deze clawback wordt door de NZa vastgesteld in de tariefbeschikking zoals genoemd in voetnoot 11.

marge kan geven. Deze marge bestaat uit het verschil van de taxe-prijs en de inkoopprijs die de apotheek aan de fabrikant betaalt. De fabrikant heeft aldus de prikkel om de taxe-prijs van het door hem te leveren middel hoger te stellen dan die van de concurrerende fabrikant. De markt wordt daarmee gekenmerkt door margeconcurrentie.

24. Apotheken bepalen zelf van welke fabrikant zij het middel leveren. Vanuit financiële overwegingen (de hoogte van de marge) worden zij dan ook geprikkeld om het middel van de fabrikant met een hoge dan wel met de hoogste marge te verstrekken. Apotheken hebben hierbij geen prikkel deze marge door te geven aan consumenten, omdat hij de taxe-prijs volledig in rekening mag brengen.

## 5.2 Zorgverzekeringsmarkt

25. Op de zorgverzekeringsmarkt verkopen zorgverzekeraars zorgverzekeringen aan consumenten. Zorgverzekeringen zijn te onderscheiden in een polis met gecontracteerde zorg (natura-situatie), polis met restitutie (slechts *vergoeding* van zorg) en een gemengde polis (dus deels gecontracteerd en deels restitutie).
26. Bij een restitutiepolis heeft de verzekerde de vrijheid om naar een zorgaanbieder van zijn keuze te gaan. Daar staat tegenover dat hij een hogere premie voor deze polis moet betalen. Bij een polis met gecontracteerde zorg dient een verzekerde om voor volledige vergoeding in aanmerking te komen naar de door zijn zorgverzekeraar gecontracteerde zorgaanbieders te gaan<sup>14</sup>. Omdat een zorgverzekeraar voor deze polis selectief kan contracteren (waarvan het preferentiebeleid een uitingvorm is, zie hierna bij randnummer 31) en zo een optimale prijs-kwaliteitverhouding kan bewerkstelligen, is de premie van deze polis gewoonlijk lager dan die van de restitutiepolis.
27. De verzekerde maakt een keuze voor een polis. Bij al deze polissen heeft een zorgverzekeraar een zorgplicht tegenover verzekerden. Dit houdt in dat de zorgverzekeraar ervoor moet zorgen dat een verzekerde de zorg, of vergoeding van de kosten van de zorg (ingeval van restitutie), krijgt waar hij behoefte aan en wettelijk aanspraak op heeft.
28. Een zorgverzekeraar verenigt twee belangen bij het aanbieden van een polis met gecontracteerde zorg. Enerzijds koopt de zorgverzekeraar op grond van zijn zorgplicht kwalitatief goede en voldoende zorg in voor zijn verzekerden. Anderzijds biedt hij de polis tegen een zo laag mogelijke premie om op de zorgverzekeringsmarkt te kunnen concurreren<sup>15</sup>. Beide factoren (premie en inhoud van de polis) zijn van belang voor de keuze van een consument voor een polis.

## 5.3 Zorginkoopmarkt

29. Om invulling te geven aan de zorgplicht met betrekking tot de polis met gecontracteerde zorg, koopt een zorgverzekeraar zorg in bij zorgaanbieders waaronder apotheken.
30. Zorgverzekeraars kunnen het beste de optimale prijs-kwaliteitverhouding inkopen door 'selectieve inkoop' oftewel 'selectief contracteren'. Dit houdt in dat zorgaanbieders die niet aan bepaalde eisen voldoen, niet of minder worden gecontracteerd of dat bepaalde *zorgproducten* niet gecontracteerd worden als er een volwaardig equivalent voor is met een lagere prijs. De zorgverzekeraar kan op deze manier sturen op prijs en kwaliteit. Hiermee geeft de zorgverzekeraar

---

<sup>14</sup> Indien een verzekerde met een dergelijke polis bij een niet-gecontracteerde aanbieder zorg afneemt, dient hij in het algemeen een eigen betaling te doen voor een deel van de kosten.

<sup>15</sup> De wetgever heeft deze rol van de verzekeraar als inkoper van kwalitatief goede en betaalbare zorg beoogd.

invulling aan zijn rol die de wetgever voor de zorgverzekeraar in het stelsel heeft beoogd<sup>16</sup>.

31. Het preferentiebeleid is een uitingsvorm van dit selectief contracteren. Zorgverzekeraars bepalen welk middel (van welke fabrikant) vergoed wordt en welke niet. Fabrikanten dingen als gevolg van het preferentiebeleid om de gunst van de zorgverzekeraars. Gegeven het feit dat het gaat om middelen met dezelfde werking en dus dezelfde kwaliteit, dienen zij hiertoe de prijs van een middel te verlagen. Immers, door het stellen van de laagste prijs in de taxe, komt alleen hun product voor vergoeding door zorgverzekeraars in aanmerking. Op deze manier ontstaat prijsconcurrentie.
32. Dit beleid van selectieve inkoop door zorgverzekeraars biedt voor fabrikanten het voordeel dat deze verzekerd is van een bepaalde afzet. Immers, als de zorgverzekeraar in de polisvoorwaarden opneemt dat uitsluitend het geneesmiddel met de laagste prijs wordt vergoed binnen een categorie van middelen met dezelfde werkzame stof, dan zal de fabrikant met de laagste taxe-prijs voor zijn middel het exclusieve leveringsrecht hebben voor die verzekerden. Gegeven dit beleid, ontstaan er mogelijkheden én prikkels om de prijs als laagste van alle fabrikanten in de taxe te stellen.
33. Een fabrikant zal gegeven deze prikkels de afweging maken of hij meer opbrengsten genereert bij een middel via margeconcurrentie of via prijsconcurrentie. Om vervolgens de prijsconcurrentie tot stand te kunnen brengen, moeten zorgverzekeraars een voordeel voor de fabrikant kunnen bieden groter dan die fabrikanten behalen bij margeconcurrentie. Dat kan alleen als de fabrikant weet dat de zorgverzekeraar aan al zijn verzekerden alleen het middel met de laagste prijs in de taxe vergoedt.
34. Het doel van preferentiebeleid is dat bij een gelijkblijvende kwaliteit van het middel het voordeel (de lagere prijzen) die er door ontstaan, doorgegeven wordt aan de consument. Het voordeel kan op verschillende manieren door de zorgverzekeraar worden doorgegeven aan de consument. Zo kan een zorgverzekeraar de kostenbesparingen doorberekenen in de premie (doordat de premies gelijk blijven of minder hard stijgen)<sup>17</sup>. De zorgverzekeraar kan ook de consument die daadwerkelijk zorg afneemt, belonen als hij het preferente middel afneemt doordat het te vergoeden bedrag niet ingehouden wordt op het eigen risico. In tegenstelling tot de apotheken worden zorgverzekeraars wel geprikkeld om de voordelen door te geven aan de consument. De eerder beschreven concurrentie tussen zorgverzekeraars op de zorgverzekeringsmarkt dwingt hen hiertoe.

## 6. Beoordelingskader

35. Op grond van artikel 49 Wmg is de NZa bevoegd, *indien zij een redelijk vermoeden heeft dat zij tot een oordeel als bedoeld in artikel 48 lid 1 Wmg zal komen, in spoedeisende gevallen vooruit te lopen op de toepassing van dat artikel en de desbetreffende zorgaanbieder of zorgaanbieders dan wel ziektekostenverzekeraar of ziektekostenverzekeraars een of meer verplichtingen op te leggen, zoals genoemd in het eerste lid van artikel 48 Wmg.*
36. Uitleg over de manier waarop de NZa artikelen 48 en 49 Wmg beoordeelt en toegepast wordt gegeven in de 'Beleidsregel AMM' en de toelichting op de

<sup>16</sup> Uit een brief van de Minister van VWS (28 februari 2005; BLG4195) met betrekking tot het stelsel: 'Zonder de mogelijkheid tot selectief contracteren heeft de zorgverzekeraar geen of nauwelijks middelen om de zorgaanbieders tot betere prestaties aan te zetten.'

<sup>17</sup> Uit cijfers van Stichting Farmaceutische Kengetalen (hierna: SFK) blijkt dat in het verleden het preferentiebeleid een kostenbesparing van 355 miljoen op jaarbasis heeft opgeleverd.

beleidsregel van de NZa<sup>18</sup>.

37. De NZa overweegt dat toepassing van artikel 49 Wmg voorbehouden is aan situaties waarin voldaan is aan de volgende voorwaarden:
- de NZa heeft een redelijk vermoeden dat er sprake is van een AMM-positie van de partij in kwestie; en
  - er is sprake van een spoedeisend belang.
38. Voor de uitleg van redelijk vermoeden van AMM, wordt gekeken naar de definitie van AMM zoals weergegeven in artikel 47 Wmg. Onder AMM 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.*
39. Het spoedeisend belang wordt in de 'Toelichting op de beleidsregel' uitgewerkt in twee nadere voorwaarden. De voorwaarden voor toepassing van dit artikel zijn dat:
- verwacht wordt dat de tijd die benodigd is voor een normale procedure op grond van artikel 48 Wmg tot gevolg zal hebben dat de dan op te leggen verplichting niet meer het beoogde resultaat zal kunnen hebben; en
  - de publieke belangen (toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit) en/of de belangen voor de bevordering of instandhouding van de daadwerkelijke mededinging hierdoor in ernstige mate worden getroffen.
40. Indien de NZa vooruitlopend op de toepassing van artikel 48 Wmg een verplichting oplegt aan Apotheek Van Dalen zal zij na de inwerkingtreding van dit besluit verder gaan met de normale procedure in het kader van artikel 48 Wmg.

## **7. Beoordeling redelijk vermoeden van Aanmerkelijke Marktmacht**

### 7.1 Beoordeling relevante markt

#### 7.1.1 Productmarkt

41. De productmarkt wordt gedefinieerd als *het geheel aan producten/diensten die door de vrager als onderling substitueerbaar en verwisselbaar worden gezien op grond van de kenmerken, de prijzen en het gebruik/doel van deze producten/diensten*<sup>19</sup>.
42. De NMa heeft in 2004 twee besluiten ten aanzien van (een groep van) apotheken genomen. De NMa heeft in deze twee besluiten vastgesteld dat de productmarkt bestond uit "farmaceutische hulpverlening". Onder farmaceutische hulpverlening wordt verstaan: het verstrekken van: i) voorgeschreven receptgeneesmiddelen van huisartsen of medisch specialisten en de daarbij behorende zorg als

---

<sup>18</sup> Zie [www.nza.nl](http://www.nza.nl) voor de 'Beleidsregel AMM' en de 'Toelichting op de beleidsregel'. De NZa is op grond van artikel 57 Wmg overgegaan tot het vaststellen van deze beleidsregel. Ook artikel 47 Wmg waar het begrip AMM gedefinieerd is wordt hierin behandeld.

<sup>19</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PubEG 1997, C372/5, randnummer 7 en de Toelichting op de beleidsregel AMM, zie [www.nza.nl](http://www.nza.nl).

medicatiebewaking en voorlichting, ii) hulpmiddelen en andere middelen zoals incontinentiemateriaal en iii) zogenoemde zelfzorggeneesmiddelen<sup>20</sup>.

43. In onderhavige zaak hebben zowel de zorgverzekeraars waarmee gesproken is als Apotheek Van Dalen aangegeven dat de producten die apotheken leveren voldoende onderscheidend zijn van andere producten<sup>21</sup>. Ten aanzien van de geneesmiddelen zorgt de Geneesmiddelenwet voor een wettelijke afbakening, omdat alleen apotheekhoudenden voorgeschreven receptgeneesmiddelen mogen verstrekken.
44. Op grond van deze gegevens overweegt de NZa het volgende. De NZa is niet gebleken dat de definiëring van de productmarkt zoals deze in de besluiten van de NMa is gesteld, tot verschil van mening leidt tussen partijen. Voorts zijn de NZa in dit stadium van het onderzoek geen ontwikkelingen bekend die noodzaken tot een andere afbakening dan in de NMa-besluiten is gedaan. Ten derde is de NZa van mening dat de wettelijke normen<sup>22</sup>, de door de beroepsgroep ontwikkelde kwaliteitseisen van een openbare apotheek<sup>23</sup> en de onder zorgverzekeraars gebruikelijke contractinvulling met betrekking tot de farmacie<sup>24</sup>, bevestigen dat de productmarktafbakening op dit moment geen wijziging behoeft.

*Tussenconclusie*

45. Op grond van vorenstaande is de NZa in dit stadium van het onderzoek van mening dat in onderhavige zaak de relevante productmarkt de markt is voor farmaceutische hulpverlening.

*7.1.2 Geografische markt*

46. De geografische markt wordt gedefinieerd als *de ruimte of het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen of één onderneming een rol speelt in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden (zoals prijs, kwaliteit, etc.) voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden wezenlijk kan worden onderscheiden doordat in die aangrenzende gebieden duidelijk andere concurrentievoorwaarden zijn*<sup>25</sup>.
47. In de bij de bespreking van de productmarkt aangehaalde NMa-besluiten is een kwantitatieve analyse uitgevoerd van patiëntenstromen. Hoewel het een beoordeling is van apotheken in een stedelijk gebied, is de analyse uitgevoerd voor patiëntenstromen in geheel Nederland. Uit de analyse in deze zaken bleek dat omstreeks 91% van de verstrekte geneesmiddelen bestemd is voor patiënten binnen een straal van 3 kilometer van een apotheek<sup>26</sup>. Hieruit blijkt dat de afstand waarop een apotheek concurrerend is, beperkt is en daarmee was de conclusie gerechtvaardigd dat de markt voor de hiervoor omschreven zorg zeer lokaal is. In betreffende zaken is vervolgens bepaald dat de markt gelijk was aan de gemeente.

<sup>20</sup> NMa-besluit van 21 juni 2004, zaak 2688 (nrs. 81-88) en NMa-besluit van 21 juni 2004, zaak 2501 (nrs. 68-71).

<sup>21</sup> Gespreksverslagen van gesprekken met Menzis, CZ, UVIT en Apotheek Van Dalen.

<sup>22</sup> Zie hoofdstuk 2 van het Besluit zorgverzekering, meer specifiek in artikel 2.8 en 2.9 van dit Besluit.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld de door de KNMP ontwikkelde NAN (Nederlandse ApotheekNorm), waarin inhoudelijke en organisatorische aspecten van de apothekenzorg zijn vastgelegd. De elementen uit de in het NMa-besluit genoemde definitie voor de productmarkt, komen hierin terug: verstrekking van voorgeschreven geneesmiddelen, voorlichting en medicatiebewaking.

<sup>24</sup> De standaardcontracten van de verschillende zorgverzekeraars zoeken aansluiting bij de in randnummer 43 genoemde wettelijk gedefinieerde zorg.

<sup>25</sup> Als in voetnoot 19.

<sup>26</sup> Uit de besluiten van de NMa volgt ook dat 65% van alle verstrekte geneesmiddelen binnen Nederland bestemd is voor patiënten die binnen een straal van één kilometer van de apotheek wonen.



48. De NZa overweegt dat ook de relevante wet- en regelgeving in deze markt normen stellen ten aanzien van vestigingsbeleid voor apotheekhoudende huisartsen. Concreet betreft het de normen voor de bereikbaarheid die de wetgever in artikel 62, lid 10 van de Geneesmiddelenwet heeft vastgesteld. Een huisarts mag pas apotheekhoudend worden en dus receptgeneesmiddelen verstrekken als de afstand van zijn meest ver gelegen patiënt tot diens eerstvolgende apotheek groter is dan 4,5 kilometer. Er zijn uitzonderingen mogelijk tot de grens van 3,5 kilometer. Deze normen – ingegeven vanuit toegankelijkheid van zorg – spreken de afbakening van de geografische markt door de NMa niet tegen en ondersteunen de conclusie dat de relevante geografische markt enkele kilometers zal zijn.
49. Zorgverzekeraars hebben aangegeven dat voor de meeste apotheken geldt dat hun markt beperkt is tot enkele kilometers. CZ, UVIT en Menzis hebben in dit concrete geval aangegeven dat op dit moment geen volwaardig alternatief bestaat voor Apotheek Van Dalen. Dit, gelet op de (relatief) grote afstand van 11 kilometer tot de eerstvolgende gevestigde apotheek. Deze apotheek is in Oostburg gevestigd.
50. Apotheek Van Dalen heeft aangegeven dat verzekerden in zijn gebied wel naar bijvoorbeeld de apotheek in Oostburg kunnen gaan<sup>27</sup>. Apotheek Van Dalen heeft deze stelling echter niet onderbouwd. De NZa volgt daarom en mede gezien de hiervoor genoemde argumenten deze stelling niet.

#### *Tussenconclusie*

51. De NZa volgt de NMa ten aanzien van de geografisch marktafbakening en bakent in deze zaak de markt ook als zeer lokaal af: de markt zal slechts een straal van enkele kilometers omvatten. De NZa hoeft – gelet op de afstand tot het eerstvolgende volwaardige alternatief in deze zaak – in dit stadium van het onderzoek de markt niet verder af te bakenen.

## 7.2 Beoordeling redelijk vermoeden van aanmerkelijke marktmacht

### *7.2.1 Positie op de markt*

52. Ten aanzien van de positie op de markt heeft de Memorie van Toelichting bij de Wmg al een voorschot genomen op de beoordeling van de positie van een partij door de marktaandelen in te delen in categorieën en het te koppelen aan de bewijslast. Bij een marktaandeel van 55% of meer wordt een zorgaanbieder geacht zich onafhankelijk van de andere marktpartijen te (kunnen) gedragen en dus AMM te hebben.
53. Apotheek Van Dalen is de enige apotheek die actief is op de markt voor farmaceutische hulpverlening in een straal van enkele kilometers rondom zijn apotheek<sup>28</sup>. De NZa heeft in deze vaststelling de alternatieve mogelijkheden voor verkrijging van de farmaceutische hulpverlening zoals Apotheek Van Dalen die verstrekt, meegewogen. Dit wordt hieronder toegelicht.
54. Allereerst is de levering van receptgeneesmiddelen wettelijk voorbehouden aan de beroepsgroep van apothekers<sup>29</sup>. Dit maakt dat drogisterijen – alhoewel ze een beperkt assortiment zelfhulpmiddelen voeren – geen volwaardig alternatief zijn voor een apotheek.
55. De eerstvolgende apotheekhoudende, namelijk de apotheek in Oostburg, is geen volwaardig alternatief gelet op de relatief grote afstand tot Apotheek Van Dalen.

---

<sup>27</sup> Zie het gespreksverslag met Apotheek Van Dalen en de brief van Apotheek Van Dalen van 2 november jl. als reactie op het gespreksverslag.

<sup>28</sup> Naast Apotheek Van Dalen is er binnen een straal van 11 kilometer geen andere openbare apotheek, apotheekhoudende huisarts, dienstapotheek, of poliklinische apotheek aanwezig.

<sup>29</sup> Op grond van artikel 61 van de Geneesmiddelenwet.

Immers, uitgaande van een lokale markt van enkele kilometers, is een apotheek op een afstand van 11 kilometer geen alternatief te noemen. Deze apotheek is dus geen alternatief voor Apotheek Van Dalen en levert daarmee geen (potentiële) concurrentiedruk op.

56. Vervolgens is gekeken naar de rol van internetapotheken als (potentieel) alternatief. Internetapotheken leveren farmaceutische zorg door het hele land, of kunnen dat doen en leveren per post. Er is een aantal redenen waarom een internetapotheek niet als volwaardig alternatief van Apotheek Van Dalen gezien kan worden. Deze redenen zijn door de zorgverzekeraars waarmee de NZa gesproken heeft en door Apotheek Van Dalen aangedragen.
57. Uit informatie van *zorgverzekeraars* blijkt dat een internetapotheek niet een volwaardig alternatief is voor verzekerden om de volgende redenen:
- de onmogelijkheid van de internetapotheek om in acute zorg te voorzien;
  - de voorkeur van patiënten voor een openbare apotheek (waar ze bekend mee zijn en/of hun farmaceutische hulp gewend zijn te halen);
  - de ongeschiktheid van verzending van bepaalde middelen via de post<sup>30</sup>;
  - de onmogelijkheid van een internetapotheek (om op korte termijn) te voldoen aan het volledige zorgaanbod dat Apotheek Van Dalen verleent<sup>31</sup>;
  - de afhankelijkheid van de internetapotheek van de huisarts als voorschrijver van het geneesmiddel;
  - de eventuele onmogelijkheden van de patiënten van Apotheek Van Dalen om via internet farmaceutische hulp te verkrijgen vanwege het ontbreken van de daartoe benodigde communicatiemiddelen en/of kennis.
58. Daarnaast heeft *Apotheek Van Dalen* zelf ook aangegeven in het met hem gevoerde gesprek dat een internetapotheek<sup>32</sup> niet kan voorzien in persoonlijk contact. Volgens hem wordt er daardoor minder goede kwaliteit geleverd. De NZa leidt hieruit af dat ook Apotheek Van Dalen een internetapotheek niet als een volwaardig alternatief ziet.
59. In reactie<sup>33</sup> op het gespreksverslag van dit gesprek heeft hij echter het tegenovergestelde aangegeven, te weten: internetapotheken zijn wel een concurrent van Apotheek Van Dalen. Deze stelling is echter niet door Apotheek Van Dalen onderbouwd. De brief die Apotheek Van Dalen aanvullend stuurde met als bijlage een gerechtelijke uitspraak van 4 november 2009, kan ook niet als onderbouwing daarvan worden beschouwd<sup>34</sup>. Immers, de uitspraak van de rechter dat er in die zaak niet op onrechtmatige wijze wordt geconcurrereerd, moet in het licht worden gezien van de vraag of er sprake is van strijd met het recht op vrije apotheekkeuze. Het betreft derhalve geen uitspraak op grond van een mededingingsanalyse zoals ten grondslag ligt aan dit besluit. Kortom, de rechter laat zich niet uit over de vraag of een internetapotheek (in dit geval DCA) een volwaardig alternatief is.
60. De NZa acht in dit stadium van het onderzoek de door de zorgverzekeraars genoemde redenen (wanneer deze met elkaar in samenhang worden gezien)

<sup>30</sup> De zogeheten 'opiaten lijst 3 producten' en de 'koelkastgeneesmiddelen' kunnen niet per post verzonden worden.

<sup>31</sup> Om van een volwaardig alternatief te kunnen spreken waarnaar de verzekeraars kunnen uitwijken, moet de internetapotheeker zowel logistiek als voorraadtechnisch een significant deel van de vraag kunnen opvangen waarin anders Apotheek Van Dalen voorziet. Verzekeraars hebben aangegeven dat dit vooralsnog niet het geval is en in ieder geval niet op korte termijn.

<sup>32</sup> Het betrof hier meer specifiek De Centrale Apotheeker.

<sup>33</sup> Zie brief van 2 november 2009 met kenmerk 340000814/4590378.1.

<sup>34</sup> Zie brief van 4 november 2009 met kenmerk 340000814/4602102.1. Het gaat om het vonnis in kort geding van 4 november 2009, Rb. 's Gravenhage 345785 / KG ZA 09-1123. Zie onder meer rechtsoverwegingen 3.7 en 3.16.

evenals de aanvankelijke mening van Apotheek Van Dalen voldoende grond bieden om vast te stellen dat een internetapotheek niet een voldoende alternatief is voor Apotheek Van Dalen. In ieder geval geldt dat het niet aannemelijk is dat de groep patiënten die er wel gebruik van zou kunnen maken, significant genoeg is, dan wel dat het deel van de zorg dat er eventueel afgenomen wordt significant genoeg is om van een relevante speler op deze markt te spreken<sup>35</sup>.

61. Gelet op voorgaande, overweegt NZa dat er op dit moment geen volwaardige alternatieven zijn voor de farmaceutische hulpverlening zoals verstrekt door Apotheek Van Dalen. De NZa concludeert dat voor dit besluit voldoende is vast komen te staan dat Apotheek Van Dalen op de markt voor farmaceutische hulpverlening op de relevante geografische markt een marktaandeel van nagenoeg 100% heeft.

#### 7.2.2 *Compenserende factoren*

62. Naast het bepalen van het marktaandeel van een partij, is het voor de vaststelling van een (redelijk vermoeden van een) AMM-positie noodzakelijk om te onderzoeken of er factoren zijn die tegenwicht kunnen bieden aan een partij met een hoog marktaandeel.
63. Ten eerste zou een zorgverzekeraar mogelijk tegenwicht kunnen bieden aan de AMM-positie van een zorgaanbieder – in dit geval Apotheek Van Dalen – als de zorgverzekeraar (voldoende) inkoopmacht heeft.
64. Alhoewel (bepaalde) zorgverzekeraars gelet op hun omvang over inkoopmacht (kunnen) beschikken en voor een zorgaanbieder van commerciële betekenis zijn – gelet op het aantal verzekerden dat zorg afneemt bij desbetreffende zorgaanbieder – is een belangrijke voorwaarde voor het uitoefenen van inkoopmacht dat er sprake is van (volwaardige) alternatieven voor de inkoop van farmaceutische zorg. Hiervoor is al vastgesteld dat in het geval van Apotheek Van Dalen niet (afdoende) sprake is van (volwaardige) alternatieven. Gelet hierop is er niet tot nauwelijks sprake van compenserende inkoopmacht van een zorgverzekeraar. Dit wordt bevestigd door het feit dat Apotheek Van Dalen met geen enkele zorgverzekeraar die een preferentiebeleid voert, een contract heeft afgesloten<sup>36</sup>.
65. De tweede factor is de mogelijkheid om toe te treden tot de relevante markt. De NZa overweegt deze factor om te bezien in hoeverre *potentiële* concurrenten het hoge marktaandeel van Apotheek Van Dalen mitigeren. Ook dit moet in het licht van een volwaardig alternatief worden bezien. Dit zou allereerst kunnen in het scenario dat een internetapotheek als een voorwaardig alternatief voor de farmaceutische hulp die Apotheek Van Dalen verleent, kan gaan fungeren. Dat dit laatste niet het geval is, is deels in randnummers 56 tot en met 60 reeds overwogen. Verder speelt tijdigheid nog een rol. Een volwaardig alternatief zal zich op zeer korte termijn moeten aandienen om ontstane problemen – vanwege het ontbreken van alternatieven – op te kunnen lossen. De NZa overweegt dat het niet aannemelijk is dat dit gebeurt dan wel mogelijk is.
66. Daarnaast is overwogen of een andere openbare apotheek zich zal vestigen in het adherentiegebied van Apotheek Van Dalen. Daarvoor geldt dat een openbare apotheek voldoende afzetmogelijkheden moet hebben om zich te kunnen vestigen. Aangezien Apotheek Van Dalen overeenkomt met een gemiddelde apotheek voor

---

<sup>35</sup> Zorgverzekeraar CZ heeft aangegeven dat minder dan [...] % van zijn verzekerden zorg betreft bij een internetapotheek.

<sup>36</sup> Zie bijlage 13 bij de klacht van Menzis van 31 juli 2009 met kenmerk RS/ml\_310709.

wat betreft de omvang van zijn patiëntenpopulatie, lijkt het niet aannemelijk voor een andere apotheek zich winstgevend te kunnen vestigen<sup>37</sup>.

67. In dit stadium van het onderzoek acht de NZa het aannemelijk dat er geen potentiële volwaardige alternatieven bestaan. Dit brengt mee dat de positie van Apotheek Van Dalen hierdoor niet wordt gemitigeerd.

*Tussenconclusie*

68. Gelet op voorgaande heeft de NZa het redelijk vermoeden dat Apotheek Van Dalen een AMM-positie heeft.

## **8. Mededingingsprobleem en gevolgen**

### 8.1 Verkoopmacht

69. De AMM-positie van Apotheek Van Dalen stelt hem in staat om zich onafhankelijk van de inkopers en de betalers van zorg (de zorgverzekeraars en zorgconsumenten) te gedragen. Apotheek Van Dalen beschikt daarmee over verkoopmacht. Dat blijkt uit het feit dat Apotheek Van Dalen in de afgelopen twee jaren met geen enkele zorgverzekeraar die een preferentiebeleid voert een contract heeft gesloten ondanks dat deze zorgverzekeraars daartoe verschillende aanbiedingen hebben gedaan en gesprekken hierover hebben gevoerd. Evenmin heeft Apotheek Van Dalen het preferentiebeleid uitgevoerd<sup>38</sup>.
70. De NZa overweegt dat Apotheek Van Dalen – door te beschikken over verkoopmacht – in staat is om over te gaan tot een vorm van leveringsweigering. Het betreft de weigering het geneesmiddel te leveren waar een verzekerde volgens de uit zijn polis voortvloeiende aanspraak recht op heeft.
71. De rol van de zorgverzekeraar om via selectieve inkoop kwalitatief goede, voldoende en betaalbare zorg in te kopen, wordt met de weigering door Apotheek Van Dalen om een contract te tekenen, en dus aan de verzekerden het preferente middel te leveren, ondermijnd.
72. De NZa acht het – gelet op voorgaande – aannemelijk dat Apotheek Van Dalen vanwege zijn verkoopmacht het concurrentie-evenwicht op de zorginkoopmarkt verstoort.
73. De NZa ziet de (potentiële) gevolgen van de verkoopmacht in beginsel als negatief. Dit, omdat via verkoopmacht prikkels bestaan om de prijs op een bovencompetitief niveau vast te stellen omdat dat de winst vergroot<sup>39</sup>. De gevolgen van de verkoopmacht van, en leveringsweigering door Apotheek Van Dalen worden nader onderbouwd in de volgende paragrafen.

### 8.2 Gevolgen van verkoopmacht op betaalbaarheid

74. Zoals eerder in dit besluit opgemerkt, heeft de wetgever de zorgverzekeraar in het zorgstelsel de rol van kritische zorginkoper toebedeeld. Een zorgverzekeraar sluit hiertoe contracten af met zorgaanbieders en kan hierdoor sturen op betere prestaties (kwaliteit) en op de prijsvorming. In een polis met gecontracteerde zorg dient een zorgverzekeraar op grond van zijn zorgplicht voldoende kwalitatieve zorg

---

<sup>37</sup> Uit cijfers van SFK blijkt dat in 2008 een gemiddelde apotheek een populatie had van 7800 (potentiële) patiënten. Apotheek Van Dalen heeft aangegeven een populatie van ongeveer 7500 (potentiële) patiënten te hebben.

<sup>38</sup> Met uitzondering van 3 maanden, zie hiervoor het verslag van het gesprek met Apotheek Van Dalen.

<sup>39</sup> Zie daarover meer in onder andere de 'Toelichting op de beleidsregel aanmerkelijke marktmacht in de zorg', pagina 22.

in te kopen, dat houdt in voldoende contracten te sluiten.

75. Preferentiebeleid is een vorm van selectieve inkoop waarmee gestuurd wordt op de prijzen van de geneesmiddelen. De wetgever heeft het voeren van preferentiebeleid uitdrukkelijk mogelijk gemaakt via het Besluit Zorgverzekering<sup>40</sup>. Zorgverzekeraars die preferentiebeleid voeren, doen dit door het op te nemen in de polisvoorwaarden. Preferentiebeleid heeft positieve gevolgen voor de hoogte van de premie van een polis met gecontracteerde zorg<sup>41</sup>. Dit komt dus ten goede aan de consument en heeft een positief effect op het publieke belang betaalbaarheid van de zorg.
76. Deze positieve gevolgen kunnen echter niet door zorgverzekeraars gerealiseerd worden als een apotheek weigert mee te werken aan het preferentiebeleid. Doordat Apotheek Van Dalen weigert de preferente middelen te leveren, krijgt de zorgconsument die zorg bij de Apotheek Van Dalen afneemt een ander geneesmiddel dan waar hij recht op heeft volgens de in zijn polis neergelegde aanspraak.
77. Als een consument een ander middel verstrekt krijgt dan waar hij volgens zijn polis aanspraak op heeft, zal hij hiervoor in beginsel een eigen bijdrage moeten betalen. De consument heeft tot op heden nog geen financieel nadeel geleden door de leveringsweigering van Apotheek Van Dalen. Zorgverzekeraars zijn namelijk – vanwege het ontbreken van volwaardige alternatieven om farmaceutische zorg in te kopen – overgegaan tot volledig vergoeden van de niet preferente geneesmiddelen<sup>42</sup>. Dit heeft wel tot gevolg dat deze kosten voor eigen rekening zijn voor de zorgverzekeraar omdat deze niet worden meegewogen in de risicoverevening<sup>43</sup>. Dit is derhalve een financieel nadeel voor de zorgverzekeraar<sup>44</sup>.
78. Het niet kunnen uitvoeren van het preferentiebeleid en dus het niet volgens aanspraak vergoeden van zorg op lokaal niveau – te weten voor patiënten van Apotheek Van Dalen – moet in het licht van de zorgplicht en het vergoedingsbeleid van een zorgverzekeraar voor 2010 gezien worden. Omdat een zorgverzekeraar binnen een polis met gecontracteerde zorg een zorgplicht heeft om de geneesmiddelen in natura aan te bieden, wordt de zorgverzekeraar door Apotheek Van Dalen in feite gedwongen zijn vergoedingsbeleid aan te passen.
79. De NZa acht – zoals hierna uitgelegd zal worden – het aannemelijk dat de situatie zoals die zich bij Apotheek Van Dalen zal voordoen, ook zal kunnen plaatsvinden bij andere apotheken die zich in een vergelijkbare positie bevinden. Het gaat dan om apotheken waar ook geen volwaardige alternatieven bestaan voor het verkrijgen van farmaceutische hulpverlening. Met de beoordeling zoals weergegeven onder 'redelijk vermoeden van AMM' is het te verwachten dat

---

<sup>40</sup> Zie hiervoor artikel 2.8 van dit Besluit Zorgverzekering.

<sup>41</sup> Een consument kan ook kiezen voor een polis waar vrijheid bestaat ten aanzien van de keuze voor een zorgaanbieder en geneesmiddelen met volledige (restitutie)vergoeding. Een zorgverzekeraar hoeft voor deze polis geen zorg in te kopen, maar biedt een restitutievergoeding in de polis aan. Doordat er niet (selectief) ingekocht wordt, kan de zorgverzekeraar niet sturen op de prijs van de geleverde zorg en geneesmiddelen. Hierdoor is de premie van een dergelijke polis substantieel hoger.

<sup>42</sup> In de situatie dat er wel sprake is van volwaardige alternatieven, hoeft een zorgverzekeraar in beginsel niet over te gaan tot volledige restitutievergoeding als een verzekerde naar een niet gecontracteerde zorgaanbieder gaat en daarmee niet preferente middelen afneemt.

<sup>43</sup> In de risicoverevening kunnen alleen kosten worden meegenomen die zijn ontstaan door vergoeding conform polis.

<sup>44</sup> CZ heeft aangegeven dat ze - nu onderhandelingen met Apotheek Van Dalen in het voorjaar van dit jaar niet het gewenste resultaat hebben gehad en Apotheek Van Dalen heeft aangegeven ook niet bereid is in de toekomst het preferentiebeleid uit te voeren - over zijn gegaan tot terugvordering van de kosten bij Apotheek Van Dalen die CZ heeft moeten maken vanwege het niet leveren van het preferente middel.

beduidend meer apotheken individueel of gezamenlijk zich in een vergelijkbare situatie als Apotheek Van Dalen bevinden.

80. Gelet op voorgaande zal een zorgverzekeraar dan de afweging moeten maken om geen polis met gecontracteerde zorg – gebaseerd op het preferentiebeleid – aan te bieden. Het staken van preferentiebeleid zal een (snellere) stijging van de premie tot gevolg hebben en daarmee nadelige gevolgen hebben voor de betaalbaarheid en daarmee voor de consument.
81. Niet alleen vanuit de zorgplicht en de aansprakenkant geldt dat een zorgverzekeraar moet kunnen bewerkstelligen dat zijn verzekerden terecht kunnen bij een apotheek die zorg of een geneesmiddel overeenkomstig de aanspraak in de polisvoorwaarden levert. Dit is ook een voorwaarde voor het functioneren van het preferentiebeleid op zichzelf. Het is een voorwaarde zonder welke een geneesmiddelenfabrikant niet bereid zal zijn om een geneesmiddel laag te prijzen zodat het als preferent aangemerkt kan worden. Immers, deze fabrikant dient de afweging te maken of hij via de gunst van de apotheek (het bieden van een aantrekkelijke marge voor de apotheek) of via de gunst van de zorgverzekeraar (het stellen van lage prijs) marktaandeel kan verwerven. Hij zal enkel voor de laatste optie kiezen als hij zeker weet dat zijn middel op het schap van de apotheek komt. Indien de apotheek niet meewerkt aan het leveren van het preferente middel, zal de fabrikant kiezen om marktaandeel via de gunst van de apotheek te verkrijgen. Dit zal uiteindelijk uitholling van het preferentiebeleid tot gevolg hebben. Hierdoor zullen de premies (sneller) stijgen en dit heeft nadelige gevolgen voor de betaalbaarheid en daarmee voor de consument.
82. De NZa acht het, gezien het voorgaande, aannemelijk dat zich in 2010 een situatie voordoet waarin enerzijds een zorgverzekeraar op lokaal of zelfs hoger niveau niet kan voldoen aan zijn zorgplicht binnen een polis met gecontracteerde zorg en anderzijds een fabrikant niet zal overgaan tot lage prijsstelling omdat apotheken geen contracten met zorgverzekeraars tekenen.
83. Voor verschillende zorgverzekeraars geldt dat per 1 januari 2010 nieuwe contracten tussen zorgverzekeraars en apotheken afgesloten moeten worden omdat de nu geldende contracten aflopen. Hoewel deze apotheken, vanwege het eerder geldende contract met zorgverzekeraars, tot nu toe middelen conform het preferentiebeleid hebben geleverd<sup>45</sup>, acht de NZa het aannemelijk dat de situatie vanaf 1 januari 2010 anders zal zijn. De NZa heeft hiervoor de volgende redenen.
84. Zorgverzekeraars hebben in de aanloop naar de nieuwe contracteerronde al veel en significant méér opzeggingen ontvangen van apotheken<sup>46</sup>. Hoewel officieel een dergelijke opzegging voor de apotheken niet nodig is (omdat het contract van rechtswege toch al afloopt), willen deze apotheken kennelijk benadrukken dat een contract zoals dat voor dit jaar gold, niet voor 2010 ondertekend zal worden<sup>47</sup>.
85. De apotheken die opzeggen, doen in veel gevallen een tegenvoorstel aan de zorgverzekeraar. Dat betekent dat de apotheken een contractvoorstel doen. Hoewel zulke voorstellen gewoonlijk een uiting kunnen zijn van goede onderhandelingen, is opmerkelijk dat de inhoud van het tegenvoorstel van de apotheken voor een zeer groot deel overeenkomt. Het is de NZa gebleken dat het gebruikte format opgesteld is door de branchevereniging van apotheken, de

<sup>45</sup> Dit gedrag is mede ingegeven door het uitstralingseffect van rechtszaken tussen zorgverzekeraars en apotheken over de uitvoering van het preferentiebeleid.

<sup>46</sup> UVIT heeft in het gesprek met de NZa aangegeven dat in voorgaande contracteelperioden maximaal [...] apotheken geen contract sloten.

<sup>47</sup> Zorgverzekeraar Menzis heeft [...] van de ongeveer [...] contracten opgezegd gekregen (email van 11 november 2009 van Menzis), UVIT zelfs [...] van de [...] (email van 27 oktober 2009 van UVIT) en CZ heeft ongeveer [...] van de [...] contracten opgezegd gekregen (email van 17 november 2009).

Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering der Pharmacie (hierna: KNMP). Het preferentiebeleid is geen onderdeel van deze contracten. Dit houdt in dat apotheken volgens dit contract niet gehouden zijn aan het uitvoeren van een preferentiebeleid. Hoewel hiermee niet onomstotelijk vaststaat dat apotheken geen uitvoering zullen geven aan het preferentiebeleid (via contract met zorgverzekeraar of niet) omdat de contracteerronde pas recentelijk begonnen is, acht de NZa het aannemelijk dat apotheken de bedoeling hebben om alleen een contract *zonder* preferentiebeleid te zullen tekenen en dus ook niet het preferentiebeleid zullen uitvoeren. Anders zou immers een dergelijke opzegging niet hoeven plaatsvinden en zou ook geen tegenvoorstel gedaan zijn met een contract zonder preferentiebeleid. Hierdoor wordt het aannemelijk dat een grote groep apotheken niet over zal gaan tot het sluiten van contracten met zorgverzekeraars waarvan preferentiebeleid onderdeel uit maakt en daarmee ook niet over zal gaan tot uitvoering van het preferentiebeleid in 2010.

86. Apotheken gebruiken dus het door KNMP opgestelde contract massaal in hun tegenvoorstel aan zorgverzekeraars. De KNMP speelt daarmee een prominente rol ten aanzien van de opzeggingen en het tegenvoorstel<sup>48</sup>.
87. Ten derde wordt deze houding van de KNMP en van (groepen van) apotheken bevestigd door de mediaberichten. Hierin wordt te kennen gegeven dat het te verwachten is dat in 2010 door het beleid van (sommige van de) zorgverzekeraars er geen contracten zullen zijn tussen zorgverzekeraars en apotheken. Zij waarschuwen daarin (onder meer) voor noodzakelijke contante en eigen betalingen voor de patiënten<sup>49</sup>. Impliciet wordt daarin verondersteld dat de zorgverzekeraar het preferentiebeleid uit het contractsvoorstel zal moeten schrappen, wil het contract tot stand komen.

#### *Tussenconclusie*

88. Gelet op voorgaande acht de NZa het aannemelijk dat door de verkoopmacht van Apotheek Van Dalen nadelige gevolgen voor de betaalbaarheid ontstaan. Door uitholling van het preferentiebeleid zullen consumenten geconfronteerd worden met (sneller) stijgende premies.

## **9. Spoedeisend belang**

89. In dit hoofdstuk van het besluit wordt nader ingegaan op het spoedeisend belang dat het opleggen van een verplichting op grond van artikel 49 Wmg rechtvaardigt.
90. Van spoedeisend belang is – zoals reeds aangegeven in randnummer 39 – sprake als:
- verwacht wordt dat de tijd benodigd voor een normale procedure op grond van artikel 48 Wmg tot gevolg zal hebben dat de dan op te leggen verplichting niet meer het beoogde resultaat zal kunnen hebben; en
  - de publieke belangen (toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit) en/of de belangen voor de bevordering of instandhouding van de daadwerkelijke mededinging hierdoor in ernstige mate worden getroffen.
91. Ten aanzien van het eerste punt, dat het beoogde resultaat niet meer behaald zal kunnen worden indien de NZa niet in dit stadium al verplichtingen oplegt, overweegt de NZa het volgende. Onomkeerbaarheid van een situatie speelt op

---

<sup>48</sup> De NZa merkt hierbij ten overvloede op dat de eigenaar van Apotheek Van Dalen zitting heeft in het Hoofdbestuur van de KNMP.

<sup>49</sup> Overigens kan dit – gelet op het ontbreken van een contract dan wel betalingsrelatie – mede gaan om andere farmaceutische zorg, dat wil zeggen niet vallend onder het preferentiebeleid van een zorgverzekeraar - die door een apotheek geleverd wordt. Het contant moeten betalen van farmaceutische zorg brengt in bepaalde situaties onaantvaardbare gevolgen voor de patiënt met zich mee.

zichzelf geen rol bij de beoordeling van de vraag *of* een AMM-verplichting opgelegd moet worden, maar is van belang bij de beoordeling *wanneer* een AMM-verplichting kan worden opgelegd: (i) spoedheidshalve vooruitlopend op de afronding van het onderzoek als bedoeld in artikel 48 Wmg of (ii) na afronding van het onderzoek als bedoeld in artikel 48 Wmg. De vraag die dus in dit hoofdstuk beantwoord moet worden 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.

92. Allereerst merkt de NZa op dat in het geval enkel een verplichting op grond van artikel 48 Wmg opgelegd wordt, hier – gelet op het uitgebreide onderzoek dat daarvoor nodig is – pas sprake van kan zijn in de loop van 2010. Gelet op de huidige contracteerrondes voor 2010 is het opleggen van een verplichting vooruitlopend op het onderzoek inzake artikel 48 Wmg noodzakelijk om het beoogde resultaat te behalen. Hiertoe heeft de NZa de volgende argumenten.
93. Apotheek Van Dalen heeft niet alleen in de jaren 2008 en 2009 geen contract gesloten waarin het preferentiebeleid is opgenomen, maar heeft eveneens aangegeven dit voor 2010 niet te zullen doen<sup>50</sup>. In paragraaf 8.2 is overwogen dat het niet willen meewerken aan het preferentiebeleid door Apotheek Van Dalen enerzijds, en vergelijkbare situaties die zich in het rest van het land voordoen anderzijds, ertoe leidt dat zorgverzekeraars geen polis met preferentiebeleid op de markt kunnen brengen. Dit heeft, zoals uitgelegd, nadelige gevolgen voor de hoogte van de premie en daarmee de betaalbaarheid.
94. De NZa overweegt dat indien niet in dit stadium van het onderzoek een verplichting aan Apotheek Van Dalen wordt opgelegd een zorgverzekeraar die preferentiebeleid voert voor 2010 niet zijn rol als kritische zorginkoper kan vervullen.
95. Indien voor 2010 niet een dergelijke polis door zorgverzekeraars kan worden aangeboden, heeft dit – zoals al eerder aangegeven – grote nadelige gevolgen voor de betaalbaarheid en daarmee nadelige gevolgen voor de consument<sup>51</sup>. Hiermee is voldaan aan de tweede voorwaarde zoals genoemd in randnummer 90.
96. De NZa acht het voorts om twee redenen aannemelijk dat het beoogde resultaat niet meer behaald kan worden als de verplichting pas opgelegd wordt nadat de normale procedure van artikel 48 Wmg is doorlopen. Allereerst omdat de voordelen voor de betaalbaarheid die zorgverzekeraars met het preferentiebeleid over in ieder geval 2010 kunnen realiseren, niet meer op een andere wijze zijn terug te verdienen als de verplichting in 2010 zelf wordt opgelegd. De niet-gerealiseerde voordelen zijn immers niet achteraf bij een bepaalde partij te verhalen, vanwege het ontbreken van een civielrechtelijke overeenkomst.
97. Ten tweede overweegt de NZa dat wanneer deze verplichting niet op dit moment opgelegd wordt, dezelfde investeringen nodig zijn als voorheen om het preferentiebeleid weer tot stand te laten komen. Deze investeringen zijn aanzienlijk geweest en hebben een lange periode bestreken<sup>52</sup>. Met het opleggen van de verplichting op dit moment verwacht de NZa dat voorkomen wordt dat zorgverzekeraars die hun investeringen verloren zien gaan – omdat er in 2010

<sup>50</sup> Zie bijlage 13 bij de klacht van Menzis en het verslag van het gesprek met Apotheek Van Dalen.

<sup>51</sup> Uit cijfers van SFK blijkt dat in het verleden het preferentiebeleid een kostenbesparing van € 355 miljoen op jaarbasis heeft opgeleverd.

<sup>52</sup> Onder meer was daarvoor noodzakelijk dat verzekeraars in grote mate moesten samenwerken en daarvoor ontheffing op het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet hebben verkregen. Zie de informele zienswijze van de NMa van 22 juni 2005 ([www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)).



geen uitvoering aan het preferentiebeleid wordt gegeven – de selectieve inkoop in de vorm van preferentiebeleid geheel zullen staken. Hiermee is ook voldaan aan de eerste voorwaarde zoals genoemd in randnummer 90.

*Conclusie*

98. Vorenstaande overwegende, stelt de NZa 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.

## **10. Verplichting**

### 10.1 Artikel 48 lid 1 sub e Wmg

99. De NZa acht het aannemelijk dat in casu, onder toepassing van artikel 49 Wmg, de geconstateerde problemen het meest effectief voorkomen worden door Apotheek 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.*
100. In dit hoofdstuk van het besluit beschrijft de NZa wat verstaan moet worden onder een redelijk verzoek en wat zij verstaat onder redelijke voorwaarden. 'Redelijk verzoek' ziet daarbij op de contractinhoud, 'redelijke voorwaarden' op de totstandkoming van het contractaanbod. Vervolgens wordt ingegaan op het opleggen van de verplichting proportioneel is.

### 10.2 Redelijk verzoek

101. De redelijkheid van een verzoek tot contractsluiting door zorgverzekeraars wordt voor een belangrijk deel bepaald door wat in een competitieve inkoopmarkt tot stand komt of zou zijn gekomen. Dat houdt in dat daar waar een keuze is van een zorgaanbieder om een contract met een zorgverzekeraar af te sluiten en hij in deze keuzevrijheid voor het contract kiest, het contract als redelijk beschouwd moet worden.
102. Bij de totstandkoming van een contract spelen kwaliteit en prijs een belangrijke rol. Bij de contractering stuurt een zorgverzekeraar die preferentiebeleid voert enerzijds op de prijs van geneesmiddelen, anderzijds zal een zorgverzekeraar een redelijk tarief (moeten) bieden voor de terhandstelling van de middelen zodat een apotheek wel in staat is om kwalitatief goede zorg te verlenen<sup>53</sup>.
103. Omdat de verplichting die de NZa oplegt in dit besluit ziet op een toekomstige periode – te weten 2010 – en de contractering voor die periode gaande zijn of nog moeten beginnen, oordeelt de NZa in deze paragraaf wat in dit besluit onder een redelijk verzoek tot het sluiten van een contract voor de periode 1 januari 2010 tot en met 31 december 2010 moet worden verstaan.
104. Als vertrekpunt van de beoordeling van een redelijk verzoek, neemt de NZa de wetgeving. Allereerst geldt dat er sprake is van een civielrechtelijke overeenkomst, waardoor het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) van toepassing is. Een overeenkomst dient derhalve te voldoen aan de vereisten die voortvloeien uit het

---

<sup>53</sup> De NZa is verantwoordelijk voor de vaststelling van de tarieven voor de receptregelvergoeding. Het gaat hier om maximumtarieven. Er is daarbij wel een mogelijkheid om een tarief aan te bieden boven het maximumtarief. Dit kan bijvoorbeeld ingegeven worden door zorginhoudelijke redenen (stimuleren van kwaliteit en/of innovatie).

BW. Vervolgens geldt dat een zorgverzekeraar de voorwaarden die voortvloeien uit de Zvw en Wmg moet vertalen in de contracten ten behoeve van de zorginkoop.

105. In civielrechtelijke procedures heeft de voorzieningenrechter zich gebogen over de vraag of op grond van het BW redelijkerwijs van apotheken mag worden verwacht dat zij het met zorgverzekeraars gesloten contract waarin uitvoering van preferentiebeleid wordt verzocht, moeten volgen. De rechter heeft geoordeeld dat het niet aannemelijk is geworden dat, gelet op het stelsel van de Wmg en de jurisprudentie van het CBB, toepassing van het individuele preferentiebeleid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar is te kwalificeren. Daarnaast oordeelde de rechter dat ook in het geval dat de gevolgen van het preferentiebeleid voor de apotheek als onvoorzien aangemerkt zouden kunnen worden – hetgeen volgens de rechter overigens niet het geval was – die gevolgen hoe dan ook niet als onaanvaardbaar zijn aan te merken<sup>54</sup>. Dit gold ook in de situatie dat een zorgverzekeraar het aantal werkzame stoffen waarvoor het preferentiebeleid gevoerd werd, uitbreidde. Deze uitspraken geven invulling aan hetgeen – vanuit het civiele recht – als een redelijk verzoek beschouwd moet worden.
106. Ten aanzien van de Zvw geldt dat in artikel 10 sub c Zvw staat dat farmaceutische zorg deel uitmaakt van het krachtens de zorgverzekering te verzekeren risico waar verzekerden behoefte aan hebben<sup>55</sup>. Omdat zorgverzekeraars op grond van artikel 11 lid 1 van de Zvw<sup>56</sup> een zorgplicht hebben voor de verzekerden, geldt dat de zorgverzekeraar in de polis moet voorzien in de zorg (in natura) of vergoeding van de zorg waar de verzekerde behoefte aan heeft, casu quo wat in artikel 10 Zvw door de wetgever is vastgelegd. Om een polis met gecontracteerde zorg aan te kunnen bieden, dient een zorgverzekeraar daartoe contracten te sluiten met zorgaanbieders, in casu met apotheken.
107. De wetgever heeft in het Besluit Zorgverzekering nader uitgewerkt wat de verzekerde aanspraken inhouden die in het genoemde basispakket voorkomen en op welke wijze de zorgverzekeraar aan deze aanspraken moet voldoen. Artikel 2.8 van dit Besluit gaat over de aanspraken voor de farmaceutische zorg. Dit artikel geeft aan dat de minister via ministeriële regelingen geneesmiddelen aanwijst met bepaalde werkzame stoffen. Vervolgens is de zorgverzekeraar op grond van artikel 2.8, lid 3 van dit Besluit gehouden om ten minste één geneesmiddel voor de verzekerde beschikbaar te stellen per werkzame stof van de door de minister aangewezen geneesmiddelen met een bepaalde werkzame stof<sup>57</sup>.
108. De NZa overweegt dat een zorgverzekeraar dus per geneesmiddel met dezelfde werkzame stof in ieder geval één middel aanwijst dat voor zijn verzekerden (in het kader van de zorgplicht) beschikbaar *moet* zijn. Verder overweegt de NZa dat de

<sup>54</sup> Zie uitspraak in kort geding van 26-08-2008. LJN: BE9192, Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle, 146805 / KG ZA 08-316, rechtsoverweging 5.4.2 en 5.4.3. Zie ook de uitspraak in kort geding van 15-08-2008. LJN: BE2719, Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht, 251625/KG ZA 08-684. Op deze uitspraken is geen bodemprocedure gevolgd.

<sup>55</sup> Artikel 10 Zvw luidt voor zover van belang: 'het krachtens de zorgverzekering te verzekeren risico is de behoefte aan: (...) c. farmaceutische zorg (...).

<sup>56</sup> Artikel 11 lid 1 Zvw luidt: 'De zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerden een zorgplicht die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet, krachtens de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit: (a) de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft, of (b) vergoeding van de kosten van deze zorg of overige diensten alsmede, desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten.'

<sup>57</sup> Artikel 2.8 lid 3 van het Besluit Zorgverzekering luidt: 'De aanwijzing door de zorgverzekeraar geschiedt zodanig dat van alle werkzame stoffen die voorkomen in de bij ministeriële regeling aangewezen geneesmiddelen ten minste een geneesmiddel voor de verzekerde beschikbaar is.'

wetgever de zorgverzekeraar vrij heeft gelaten in de criteria op grond waarvan bepaald wordt hoeveel en welke middelen aangewezen worden<sup>58</sup>.

109. In de Nota van Toelichting op het Besluit Zorgverzekering wordt het volgende opgemerkt: *“Om ziekenfondsen (de rechtsvoorgangers van de huidige zorgverzekeraars; NZa) de mogelijkheid te geven bepaalde farmaceutische zorg in te kopen, is met dit besluit aan het verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering een bepaling toegevoegd op grond waarvan het ziekenfonds bevoegd is voor (één of meer) groepen van werkzame stoffen te besluiten dat zijn verzekerden niet langer de keuze hebben uit alle geneesmiddelen met die werkzame stof, maar slechts aanspraak hebben op het geregistreerde geneesmiddel dat óf de geregistreerde geneesmiddelen die door het ziekenfonds zijn aangewezen. Deze maatregel biedt het ziekenfonds de mogelijkheid om kostenbesparing te realiseren door zich actief met de inkoop via prijsstelling of in de keuze van een preferent geneesmiddel bezig te houden.”*
110. Uit het Besluit en de toelichting daarop blijkt dat de wetgever het preferentiebeleid, de verwezenlijking van artikel 2.8 van het Besluit Zorgverzekering, heeft voorzien en beoogd. De NZa acht het daarmee redelijk dat een zorgverzekeraar een contract aanbiedt waarin hij uitvoering van preferentiebeleid vraagt om zo zijn rol als kritische zorginkoper in te vullen.
111. Voorts moet een zorgverzekeraar op grond van de Wmg uitvoering geven aan de tariefbeschikking van NZa waarin de voorwaarden en grenzen voor het tarief voor terhandstelling van geneesmiddelen worden bepaald.
112. De NZa overweegt in dit verband het volgende. Uit door de NZa uitgevoerde kostenonderzoeken blijkt dat het huidige preferentiebeleid geen aanleiding geeft om te veronderstellen dat apotheken omwille van financiële gevolgen hieraan geen uitvoering zouden kunnen geven. Uitbreiding van het preferentiebeleid tot medio 2009 heeft geen aanleiding gegeven om het tarief voor 2009 te verhogen<sup>59</sup>.
113. Daarnaast heeft de zorgverzekeraar zelf geen belang bij een contract dat voor de apotheek zal leiden tot (financieel) onuitvoerbare situaties. Dit geldt te meer voor een situatie als in Breskens, omdat de zorgverzekeraar voor zijn verzekerden op die markt afhankelijk is van alleen Apotheek Van Dalen. Omdat de zorgverzekeraar zorgplicht heeft, is niet te verwachten dat de zorgverzekeraar verdergaande eisen stelt dan de apotheek kan uitvoeren. De praktijk tot nu toe geeft ook geen aanleiding om anders te veronderstellen. Hierbij speelt mee dat continuïteit en kwaliteit van zorg belangrijke factoren zijn bij contractering door een zorgverzekeraar.
114. Overigens heeft Apotheek Van Dalen aangegeven dat zijn weigering om het contract te tekenen en het preferentiebeleid niet uit te voeren *niet* zagen op nadelige effecten op zijn financiële positie of op overwegingen van zorginhoudelijke aard<sup>60</sup>.
115. De NZa overweegt dat gevolgen voor het voorraadbeheer meewegen in het oordeel over de redelijkheid van het contract. Hiervoor geldt dat in 2008 en 2009 niet is gebleken dat apotheken die contracten hebben afgesloten met zorgverzekeraars – waarin het preferentiebeleid is opgenomen – op het punt van voorraadbeheer onoverkomelijke problemen hebben ondervonden. Voor het voor 2010 nog vast te

---

<sup>58</sup> Al eerder is aangegeven dat, indien behandeling met een ander middel dan welke de zorgverzekeraar aanwijst medisch noodzakelijk wordt geacht door de huisarts of medisch-specialist, de verzekerde recht heeft op het dan voorgeschreven (niet-preferente) middel.

<sup>59</sup> Zie hiervoor het NZa-rapport 'Vervolgonderzoek Apotheekhoudenden 2008-2009', ([www.nza.nl](http://www.nza.nl)).

<sup>60</sup> Zie het verslag van het gesprek met Apotheek Van Dalen.

stellen tarief, geldt eveneens dat de eventuele toegenomen kosten op dit gebied meegenomen zullen worden.

*Conclusie*

116. De NZa acht – gelet op het voorgaande – een contract waarin een zorgverzekeraar uitvoering van preferentiebeleid vraagt om zo zijn rol als kritische zorginkoper te kunnen vervullen, redelijk.

10.3 Redelijke voorwaarden

117. De NZa dient niet alleen aan te geven wat onder een redelijk verzoek moet worden verstaan, maar ook wat als redelijke voorwaarden voor het redelijk verzoek worden gezien. In het hiernavolgende wordt ingegaan op deze redelijke voorwaarden.
118. Het contractaanbod van een zorgverzekeraar dient tijdig – dat wil zeggen enkele weken voor het einde van het jaar – door een zorgverzekeraar aan Apotheek Van Dalen aangeboden te worden.
119. Apotheek Van Dalen krijgt een redelijke termijn van de zorgverzekeraar om het aanbod te bestuderen, er vragen over te stellen en over te gaan tot ondertekening. Deze redelijke termijn is in ieder geval niet minder dan twee weken vanaf het moment dat het contract is aangeboden.
120. De NZa acht een looptijd van één jaar redelijk.
121. Voorts acht de NZa het redelijk dat er enkele keren per jaar een nieuw preferent middel wordt aangewezen.

10.4 Proportionaliteit

122. Op grond van het tweede lid van artikel 49 Wmg dient de NZa – voordat zij overgaat tot het opleggen van de verplichting – te overwegen of deze voldoet aan de eis van proportionaliteit. Hiervoor overweegt de NZa eerst of de voorgestelde verplichting *geschikt* is, dat wil zeggen: of de verplichting in staat is om het mededingingsprobleem uit te bannen en dus doeltreffend is. Vervolgens wordt bezien of deze verplichting *noodzakelijk* is om dit doel te bereiken, dat houdt in dat er niet met een minder zwaar middel hetzelfde doel bereikt kan worden. Tot slot komt de NZa tot een afweging van de voor- en nadelen van het opleggen van de verplichting.

*10.4.1 De geschiktheid van de verplichting*

123. NZa heeft het redelijk vermoeden dat Apotheek Van Dalen beschikt over een AMM-positie. NZa acht het aannemelijk dat de hieruit – naar verwachting – voortvloeiende nadelige gevolgen voor de betaalbaarheid met de verplichting op grond van artikel 49 juncto artikel 48 lid 1 sub e Wmg kunnen worden voorkomen. Hiermee acht de NZa deze verplichting geschikt. Immers, deze verplichting leidt er toe dat Apotheek Van Dalen een contract zal dienen te sluiten als omschreven onder 'redelijk verzoek'. Elk contract dat valt onder de definitie van redelijk verzoek zoals omschreven in dit besluit, leidt ertoe dat de zorgverzekeraar naleving kan afdwingen van het preferentiebeleid, omdat dit beleid onderdeel mag zijn van het contract. Hierdoor mag Apotheek Van Dalen niet meer weigeren om de middelen te leveren zoals deze in de polis van de betreffende verzekerden staan. De zorgverzekeraar kan een polis met gecontracteerde zorg - gebaseerd op het preferentiebeleid – derhalve op de markt brengen. De invulling van de rol als kritische zorginkoper door de zorgverzekeraar wordt door het opleggen van deze verplichting derhalve gewaarborgd.

124. Dit geldt te meer gelet op de vergelijkbare situatie die zich naar verwachting van NZa in de rest van het land zal voordoen. In randnummers 82 tot en met 87 heeft de NZa overwogen dat in redelijkheid verwacht moet worden dat de leveringsweigering zoals Apotheek Van Dalen deze vertoont, een bredere uitstraling zal hebben naar andere apotheken, met name vanaf de nieuwe contractperiode 1 januari 2010. Dit geldt in ieder geval voor apotheken die zich in een vergelijkbare positie bevinden als Apotheek Van Dalen. Dit besluit moet voorkomen dat deze uitstraling ook daadwerkelijk plaatsvindt, door vóór 1 januari 2010 duidelijkheid te creëren over wat in redelijkheid van Apotheek Van Dalen verlangd kan worden in het kader van de contracteerrondes voor 2010. Omdat hiervoor (in randnummer 123) betoogd is dat de op te leggen verplichting geschikt is om het mededingingsprobleem en de gevolgen in de situatie van Apotheek Van Dalen voor 2010 te voorkomen, moet de verplichting ook geschikt worden geacht om de in dit randnummer genoemde uitstraling naar andere apotheken te voorkomen en daarmee dus ook dit doel te bereiken.
125. Tot slot overweegt de NZa de geschiktheid om een verplichting op grond van artikel 49 Wmg op te leggen. Deze vraag moet per definitie bevestigend beantwoord worden nu de NZa in dit besluit uitvoerig heeft afgewogen dat een verplichting vooruitlopend op de normale procedure van artikel 48 Wmg noodzakelijk is om te voorkomen dat de hoofdstuk 8 genoemde gevolgen intreden.

*Tussenconclusie*

126. Op grond van het voorgaande concludeert de NZa dat de verplichting als genoemd in nummer 99 *geschikt* is.

*10.4.2 De noodzaak van de verplichting*

127. In het kader van de noodzakelijkheidstoets dient eerst overwogen te worden of er lichtere *instrumenten* zijn die even effectief zijn als de in dit besluit beschreven verplichting. De NZa overweegt ten eerste dat het zeer aannemelijk is dat zonder ingrijpen het beoogde resultaat – te weten het selectief kunnen inkopen via het preferentiebeleid – niet wordt bereikt. De beschreven signalen in de markt, de omstandigheid dat Apotheek Van Dalen al langere tijd de verstrekking van preferente middelen heeft kunnen weigeren, en het feit dat Apotheek Van Dalen zelf heeft aangegeven het contract voor 2010 niet te zullen ondertekenen als het preferentiebeleid daarvan deel uit maakt, laten zien dat het mededingingsprobleem zich niet zal oplossen zonder ingrijpen van de NZa<sup>61</sup>.
128. Vervolgens overweegt de NZa dat een contract tot stand gebracht moet worden tussen Apotheek Van Dalen en de zorgverzekeraars die het preferentiebeleid voeren, omdat deze zorgverzekeraars anders geen navolging van het beleid kunnen afdwingen<sup>62</sup> en omdat Apotheek Van Dalen uit zichzelf het preferentiebeleid niet zal navolgen. Er is geen ander instrument of andere AMM-verplichting waarmee de NZa op even effectieve wijze het beoogde resultaat kan bereiken. De NZa stelt dan ook dat het gebruik van het AMM-instrument noodzakelijk is.
129. De NZa zal na de vaststelling van dit besluit niet alleen een AMM-onderzoek op grond van artikel 48 Wmg starten, maar ook de farmaceutische sector in breder

---

<sup>61</sup> Het is de NZa uit een gesprek met Apotheek Van Dalen gebleken dat Apotheek Van Dalen weigert om een met name principiële reden (dat de zorgverzekeraar de rol van inkoper van de apotheek overneemt) en vanwege nadelige gevolgen voor de voorraadbeheer en dat Apotheek Van Dalen daarom ook niet voornemens is om voor 2010 een contract te tekenen. Gelet op de stelligheid van zijn uitspraken en het principiële karakter ervan, acht de NZa het niet aannemelijk dat Apotheek Van Dalen door een minder zwaar middel – bijvoorbeeld via een normoverdragend/wenkbrauwgesprek van NZa – op een andere gedachte gebracht kan worden.

<sup>62</sup> De civiele rechter heeft bepaald dat het contract de zorgverzekeraar een titel geeft om naleving van preferentiebeleid (indien dat daarin is opgenomen) af te dwingen.

perspectief onderzoeken<sup>63</sup>. Gelet op de duur en omvang van een dergelijk onderzoek en de urgentie om op korte termijn duidelijkheid te geven, is het opleggen van een verplichting op grond van artikel 49 Wmg ook in dit licht noodzakelijk. Ook hieruit vloeit voort dat er op dit moment geen lichtere verplichting is waarmee op even effectieve wijze het beoogde resultaat – te weten het selectief kunnen inkopen via het preferentiebeleid – bereikt kan worden.

*Tussenconclusie*

130. Op grond van het voorgaande stelt de NZa dat de verplichting als genoemd in nummer 99 *noodzakelijk* is.

*10.4.3 Belangenafweging*

131. De NZa heeft onderzocht welke nadelen Apotheek Van Dalen kan ondervinden ten gevolge van de in dit besluit op te leggen verplichting en het feit dat de NZa de verplichting vooruitlopend op artikel 48 Wmg oplegt. Deze nadelen zijn afgezet tegen de voordelen die eruit voortvloeien.
132. Apotheek Van Dalen heeft allereerst – kort weergegeven – gesteld dat het preferentiebeleid de apotheek noodzaakt om per werkzame stof meerdere middelen aan te houden. Hierdoor wordt van de apotheek een uitgebreider voorraadbeheer gevergd. Apotheek Van Dalen ervaart dit als 'chaotisch'. Apotheek Van Dalen baseert dit nadeel op de (korte) periode dat de apotheek wel het preferentiebeleid heeft uitgevoerd<sup>64</sup>.
133. De NZa overweegt ten aanzien van dit gestelde nadeel dat dit in het kader van dit besluit voornamelijk als een organisatorische kwestie moet worden beschouwd. De NZa vindt, mede gezien het feit dat andere apotheken dan Apotheek Van Dalen de afgelopen jaren het preferentiebeleid zonder grote problemen met het voorraadbeheer hebben uitgevoerd, dit (potentiële) nadeel niet opweegt tegen het voordeel van de verplichting zoals in dit besluit is uitgelegd<sup>65</sup>.
134. Vervolgens heeft Apotheek Van Dalen aangegeven dat het preferentiebeleid de apotheek kan dwingen om merken te wisselen per patiënt (omdat een ander merk op een gegeven moment een lagere prijs in de taxatie heeft staan en daarmee als preferent is aangewezen). Dit kan tot onrust leiden bij de patiënt. Om die reden wil Apotheek Van Dalen het beleid niet uitvoeren<sup>66</sup>.
135. De NZa overweegt ten aanzien van dit gestelde nadeel het volgende. Allereerst geldt dat het wisselen van merk (binnen een categorie van middelen met dezelfde werkzame stof) geen gevolgen heeft voor de kwaliteit van het middel zelf<sup>67</sup>. De verschillende merken hebben immers dezelfde werking en bijwerking. Daarnaast heeft Apotheek Van Dalen aangegeven dat er ook wel op verzoek van een patiënt zelf gewisseld wordt. Hij geeft daarbij aan dat hij dit verzoek dan bijna altijd

---

<sup>63</sup> De NZa zal net als dit jaar volgend jaar een monitor Farmacie uitbrengen.

<sup>64</sup> De brief van Apotheek van Dalen van 2 november 2009 en het verslag van het gesprek met Apotheek van Dalen.

<sup>65</sup> De NZa zal in het nog te volgen breder en uitgebreider onderzoek aspecten als deze meenemen en daar uitgebreider op in gaan.

<sup>66</sup> De brief van Apotheek van Dalen van 2 november 2009 en het verslag van het gesprek met Apotheek van Dalen.

<sup>67</sup> Uit het verslag van het gesprek met Apotheek van Dalen volgt dat Apotheek van Dalen heeft aangegeven dat ook vanuit de inhoud van zorg geen reden bestaat om het preferentiebeleid niet te volgen. Zie ook uitspraak rechtbank Zwolle van 26 augustus 2008 (overweging 5.3.2): LJN: BE9192, Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle, 146805/KG ZA 08 – 316.

uitvoert. Tot slot heeft Apotheek Van Dalen zelf ook opgemerkt dat wisselingen slechts zelden tot onrust of onduidelijkheid bij patiënten leiden<sup>68</sup>.

136. Het laatste door Apotheek Van Dalen genoemde nadeel is dat de inkooprol van de apotheek in feite wordt overgenomen door de zorgverzekeraars omdat deze slechts het middel met de laagste prijs vergoeden. Om die meer volgens hem principiële reden wil Apotheek Van Dalen met geen zorgverzekeraar een contract sluiten wanneer een dergelijk preferentiebeleid daarvan deel uitmaakt<sup>69</sup>.
137. De NZa overweegt ten aanzien van dit gestelde nadeel het volgende. Eerder in dit besluit is uitgebreid uiteengezet dat de wetgever deze rol van verzekeraars heeft beoogd door onder meer in art. 2.8 van het Besluit Zorgverzekering de verzekeraars de mogelijkheid te bieden om slechts één middel voor vergoeding aan te wijzen per categorie middelen met dezelfde werkzame stof. Voor zover Apotheek Van Dalen dit een met de rol van de apotheek strijdend uitgangspunt acht, overweegt de NZa dat de wetgever kennelijk de afweging anders heeft gemaakt en dat het stelsel ruimte biedt en vraagt voor deze rol van zorgverzekeraars.
138. Naar het oordeel van de NZa zijn de voordelen van de op te leggen verplichting aanzienlijk. Deze voordelen vloeien voort uit het mogelijk maken dat de zorgverzekeraar haar rol als kritische zorginkoper kan vervullen door – via preferentiebeleid – selectief in te kunnen kopen. Dit levert voordelen op voor de hoogte van de premies en daarmee de betaalbaarheid. De consument is hier rechtstreeks mee gebaat.
139. De door Apotheek Van Dalen genoemde nadelen van de op te leggen verplichting betreffen naar het oordeel van de NZa in belangrijke mate uitvoeringstechnische bezwaren die, zoals gebleken is, niet onoverkomelijk geacht kunnen worden.
140. Tot slot overweegt de NZa dat Apotheek Van Dalen één bezwaar heeft opgeworpen tegen het feit dat de verplichting wordt opgelegd vooruitlopend op het onderzoek op grond van artikel 48 Wmg. Volgens Apotheek Van Dalen moeten er (lang)lopende overeenkomsten met leveranciers worden opgezegd wat tot onherstelbare schade zou leiden<sup>70</sup>.
141. De NZa overweegt hierbij het volgende. In dit besluit is uiteengezet dat zorgverzekeraars al jaren proberen om het preferentiebeleid op te zetten en uit te breiden. De afgelopen tijd hebben veel apotheken daar uitvoering aan gegeven. Ook hebben zorgverzekeraars in 2008 en 2009 verschillende keren geprobeerd om met Apotheek Van Dalen een contract te sluiten waarvan het preferentiebeleid deel uit maakt. Gelet op deze situatie en het feit dat selectieve inkoop – in de vorm van het preferentiebeleid – ook duidelijk beoogd is door de wetgever mag van Apotheek Van Dalen worden verwacht dat hij binnen zijn bedrijfsvoering er rekening mee had moeten houden dat hij op enig moment uitvoering zou moeten geven aan het preferentiebeleid. Naar het oordeel van de NZa heeft Apotheek Van Dalen door langlopende overeenkomsten te sluiten met leveranciers zelf een voorzienbaar bedrijfsrisico genomen. Overigens kan de NZa dit bezwaar ook slechts beperkt in de belangenafweging meenemen omdat Apotheek Van Dalen niet nader onderbouwd heeft wat de aard en omvang van de onherstelbare schade zou zijn.

---

<sup>68</sup> Het verslag van het gesprek met Apotheek van Dalen. Zie ook uitspraak rechtbank Zwolle van 26 augustus 2008 (overweging 5.3.2): LJN: BE9192, Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle, 146805/KG ZA 08 – 316.

<sup>69</sup> De brief van Apotheek van Dalen van 2 november 2009 en het verslag van het gesprek met Apotheek van Dalen.

<sup>70</sup> De brief van Apotheek van Dalen van 2 november 2009 en het verslag van het gesprek met Apotheek van Dalen.

142. Voorgaande afgezet tegen de belangen die gediend zijn met het opleggen van een verplichting vooruitlopend op de normale procedure inzake artikel 48 Wmg, acht de NZa de voordelen groter dan de nadelen.

*Tussenconclusie*

143. Vorenstaande overwegende, concludeert de NZa dat de verplichting, genoemd in randnummer 99, een positief effect heeft. De voordelen die voortvloeien uit de verplichting zijn groter dan de (potentiële) nadelen.

*Conclusie*

144. De NZa oordeelt dat de op te leggen verplichting geschikt en noodzakelijk is. Voorts wegen de voordelen van de verplichting zwaarder dan de nadelen. De verplichting is daarom proportioneel.

## **11. Dictum**

145. 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.
146. Deze verplichting geldt voor de duur van 6 maanden en vangt aan op de datum waarop dit besluit bekend is gemaakt aan partijen.
147. Indien blijkt dat Apotheek Van Dalen niet overgaat tot naleving van dit besluit, zal de NZa een last onder dwangsom en/of een boete opleggen.

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Zorgautoriteit

mw. drs. C.C. van Beek MCM  
voorzitter a.i.

*Ingevolge artikel 105 van de Wmg juncto artikel 7:1 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan een belanghebbende binnen zes weken na de datum van verzending van dit besluit een bezwaarschrift, per post dan wel per fax, indienen bij de Nederlandse Zorgautoriteit, Unit Bezwaar, beroep en boetes, Postbus 3017, 3502 GA Utrecht. Het bezwaar dient conform artikel 6:5 lid 1 Awb schriftelijk en ondertekend te worden ingediend en moet tenminste de volgende gegevens bevatten: naam en adres van de indiener, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar zich richt en de gronden van het bezwaar. Het verdient aanbeveling om een afschrift van het bestreden besluit bij te voegen.*