

Annotatie

CBb-trilogie: Apotheek Van Dalen - NZa (en Menzis)

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

CBb 7 juni 2012, LJN BW7731, 'bodempcedure' eerste AMM-besluit NZa (art. 48 WMG)

Voorgeschiedenis:¹chapter one & chapter two

O.M.W. Menzis Zorgverzekeraar U.A. en O.M.W. Anderzorg U.A. (hierna gezamenlijk: Menzis) zijn zorgverzekeraar en hanteren sinds 2005 een preferentiebeleid voor een aantal geneesmiddelen. Apotheek J.D. van Dalen (hierna: Van Dalen) weigert een contract te sluiten met Menzis zolang Menzis haar preferentiebeleid handhaaft. Menzis klaagt bij zowel de NMa als de NZa over misbruik van economische machtspositie (art. 24 Mw, EMP) respectievelijk (misbruik van) aanmerkelijke marktmacht (art. 48 en 49 WMG, AMM), waarna de NZa voorrang neemt op de NMa en een spoedeisend besluit neemt op grond van artikel 49 WMG. In het 'Artikel 49 WMG'-besluit legt de NZa Van Dalen een contracteerverplichting op (d.i. een verplichting om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan een redelijk verzoek van een zorgverzekeraar) voor de duur van zes maanden. Van Dalen maakt hiertegen bezwaar en vraagt gelijktijdig aan het CBb een voorlopige voorziening te treffen. Het CBb schorst op 12 mei 2010 het besluit van

de NZa (*chapter one*).² In het hierop volgende besluit op bezwaar van 17 mei 2010 handhaaft de NZa haar 'Artikel 49 WMG'-besluit, maar beperkt de NZa het besluit in tijdsduur tot de datum van het besluit, waardoor het besluit met name symbolische waarde heeft.

De NZa heeft vervolgens op 22 februari 2011 een 'bodembesluit' genomen op grond van artikel 48 WMG, waarin Van Dalen een verplichting wordt opgelegd om te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgverzekeraar voor de duur van drie jaar.³ Van Dalen gaat in beroep tegen dit NZa-besluit. Omdat Van Dalen de contracteerverplichting in het 'Artikel 48 WMG'-besluit niet naleefde, legt de NZa bij beschikking van 19 augustus 2011 Van Dalen een last onder dwangsom op om aan die overtreding een einde te maken. Van Dalen maakt bezwaar tegen deze beschikking en vraagt een voorlopige voorziening aan het CBb strekkende tot opschorting van het 'Artikel 48 WMG'-besluit en de last onder dwangsom totdat het CBb uitspraak heeft gedaan in het beroep tegen het 'Artikel 48 WMG'-besluit van de NZa. Het CBb schorst vervolgens het 'Artikel 48 WMG'-besluit totdat het oordeel van het CBb in de bodempcedure gegeven is en bepaalt dat tot die tijd evenmin uitvoering mag worden gegeven aan de last onder dwangsom (*chapter two*).

213

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

1. De feiten worden beknopt geschetst in verband met onze eerder verschenen annotaties in *M&M* over deze eerste AMM-zaak. Zie voetnoten 2 en 3.

2. Dit besluit en de daaropvolgende voorlopige voorziening van het CBb van 12 mei 2010, LJN BM4260, zijn door ons besproken in *M&M* 2010/3, p. 114-120.

3. Dit besluit is door ons besproken in *M&M* 2011/4, p. 145-149.

Beoordeling CBb: *the final chapter*

In de bodemprocedure bij het CBb wordt geprocedeerd over (1) het besluit op bezwaar van 17 mei 2010 (art. 49 WMG) en (2) het 'Artikel 48 WMG'-besluit van 22 februari 2011. Het betreft logischerwijs veelal een herhaling van zetten.

Het beroep tegen het besluit op bezwaar van 17 mei 2010 wordt door het CBb niet-ontvankelijk verklaard, omdat vernietiging van het besluit niet tot een gunstiger resultaat kan leiden en Van Dalen niet heeft aangetoond belang te hebben bij een beoordeling door het CBb van het besluit op bezwaar.

Van Dalen heeft vijf beroepsgronden geformuleerd ten aanzien van het 'Artikel 48 WMG'-besluit van 22 februari 2011. Ten eerste stelt Van Dalen dat de NZa niet bevoegd is om het bestreden besluit te nemen, aangezien de NZa uitsluitend bevoegdheid heeft op de zorgverzekeringmarkt, zorgverleningsmarkt en zorginkoopmarkt, maar niet op de geneesmiddeleninkoopmarkt. Deze beroepsgrond faalt, omdat de maatregel betrekking heeft op de zorginkoopmarkt, waarop zorgverzekeraars met zorgaanbieders onderhandelen.

Ten tweede betoogt Van Dalen dat hij niet over een AMM beschikt. Van Dalen weerlegt volgens het CBb onvoldoende de onderbouwing van de AMM door de NZa, waardoor deze beroepsgrond faalt. Daarbij acht het CBb (succesvolle) toetreding van een nieuwe – door zorgverzekeraars gefaciliteerde – apotheek en voldoende *countervailing power* van de zorgverzekeraars niet aanmerkelijk.

Ten derde stelt Van Dalen geen misbruik te hebben gemaakt van zijn AMM-positie. Van Dalen betoogt namelijk dat de betreffende relevante markt waarop Van Dalen actief is een grensoverschrijdend effect heeft, wat met zich brengt dat artikel 102 VWEU van toepassing is. Van Dalen concludeert dat nu artikel 102 VWEU van toepassing is en de NZa niet heeft aangetoond dat Van Dalen misbruik van zijn machtspositie heeft gemaakt, de NZa Van Dalen niet eenzijdig een concurrentiebeperkende maatregel heeft kunnen opleggen, omdat artikel 102 VWEU, bij voorrang boven de WMG, Van Dalen in feite beschermt. Het CBb stelt dat er geen sprake is van een grensoverschrijdend effect, omdat onder meer de handel tussen België en Nederland niet merkbaar kan worden beïnvloed, aangezien de gedraging betrekking heeft op de relatie tussen Van Dalen en in Nederland opererende Nederlandse zorgverzekeraars. Voorts wijst het CBb op de patiëntenstromen en de wens om nabij zorg verleend te krijgen. Dit heeft tot gevolg dat artikel 102 VWEU niet van toepassing is en deze beroepsgrond van Van Dalen verder buiten beschouwing kan worden gelaten. Het CBb merkt verder op dat misbruik niet noodzakelijk is voor de toepassing van de AMM-bevoegdheden door de NZa. Het hebben van een AMM is hiervoor voldoende.

Ten vierde argumenteert Van Dalen dat het preferentiebeleid geen redelijk deel is van een met een zorgverzekeraar te sluiten overeenkomst. Het CBb volgt hem niet hierin en is van oordeel dat de NZa in redelijkheid tot die beoordeling heeft kunnen komen. Het CBb twijfelt daarbij niet aan de noodzaak van de maatregel.

Tot slot betoogt Van Dalen dat de maatregel disproportioneel is, omdat niet aangesloten is bij de door de Europese Commissie gehanteerde criteria voor het opleggen van *ex ante* maatregelen in de telecommunicatiesector. Het CBb oordeelt dat er in de wetsgeschiedenis bij artikel 48 WMG geen aanknopingspunten zijn te vinden voor een dergelijke analoge toepassing met de telecommunicatieregels. Het CBb heeft voorts geen redenen om te twijfelen aan de geschiktheid/proportionaliteit van de opgelegde maatregel.

Dictum

Het CBb verklaart het beroep tegen het besluit op bezwaar van 17 mei 2010 (art. 49 WMG) niet-ontvankelijk en verklaart het beroep tegen het besluit van 22 februari 2011 (art. 48 WMG) ongegrond.

Commentaar

AMM-bevoegdheden van de NZa zijn kwetsbaar en beperkt ingezet

De uitspraak van het CBb van 7 juni 2012 markeert het einde van de eerste AMM-zaak van de NZa en moet een zucht van verlichting voor de NZa met zich brengen. Van Dalen heeft immers aangetoond dat de inzet van de AMM-bevoegdheden door de NZa kwetsbaar is. In de voorlopige voorzieningen heeft Van Dalen *grosso modo* de procedures gewonnen en de NZa derhalve verloren. De NZa heeft haar AMM-bevoegdheden hangende deze procedure niet meer ingezet door te interveniëren op grond van een besluit. Mogelijk heeft de NZa de uitkomsten van deze procedure(s) willen afwachten om meer zekerheid te verkrijgen over de reikwijdte van haar AMM-bevoegdheden. De NZa heeft daarmee haar AMM-bevoegdheden sinds haar oprichting (1 oktober 2006) en de datum van de CBb-uitspraak in de bodemprocedure (7 juni 2012) slechts ingezet om Van Dalen te disciplineren. Dit is een schamele oogst. Het beperkte optreden van de NZa op grond van AMM-bevoegdheden neemt niet weg dat de NZa veelvuldig klachten en signalen krijgt over (misbruik van) AMM. Uit de jaarrapportage signaaltoezicht blijkt dat de NZa in 2009

173⁴ en in 2010 85⁵ signalen heeft gekregen.⁶ Een signaal wordt door de NZa in behandeling genomen en geanalyseerd, maar tot additionele optredens van de NZa heeft het gedurende de Van Dalen-procedures niet geleid. De beperkte inzet van de AMM-bevoegdheden doet de vraag rijzen wat het nut en de noodzaak van de AMM-bevoegdheden zijn. Dit geldt temeer als wordt bedacht dat de NMa waarschijnlijk ook haar misbruik-bevoegdheden had kunnen inzetten tegen Van Dalen, waarvan bovendien een grotere afschrikwekkende werking uitgaat. De NMa kan immers, anders dan de NZa, direct overgaan tot het opleggen van boetes bij misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw).⁷

Toetsing van de AMM-bevoegdheden

Van Dalen heeft een interessant betoog gevoerd over de toelaatbaarheid van de toepassing van de AMM-bevoegdheden in verband met het Europees mededingingsrecht. Als wij de beroepsgrond goed interpreteren, dan stelt Van Dalen dat de NZa haar AMM-bevoegdheden uitsluitend kan aanwenden indien zij heeft aangetoond dat het Europees misbruikverbod (art. 102 VWEU) niet van toepassing is, althans als de tussenstaatse handel niet wordt beïnvloed door het (misbruik van) de AMM. Van Dalen lijkt met andere woorden te stellen dat als er geen overtreding is van het Europees misbruikverbod, terwijl de tussenstaatse handel wordt beïnvloed – zo stelt hij, de NZa niet eenzijdig een concurrentiebeperkende maatregel kan opleggen, omdat dit anders de toepassing van het Europees mededingingsrecht doorkruist. Dit argument is niet nieuw. Reeds in 2005, derhalve voor de oprichting van de NZa, is een vergelijkbaar betoog gehouden:

‘In andere gereguleerde sectoren, zoals de telecomunicatiesector, bestaat ook een systeem van preventieve verplichtingen en mededingingstoezicht achteraf. Dat dit systeem in dit geval wel is toegestaan, komt omdat Europese richtlijnen dit systeem hebben geïntroduceerd. Deze kunnen de volle werking van het mededingingsrecht beperken. De nationale wet-

gever kan dit niet. Dat betekent dat het Europese recht “ongefilterd” van toepassing is.’⁸

De minister van VWS heeft, kortweg, destijds als volgt hierop gereageerd:

‘Ik zou in dit verband ook de opvatting willen weerspreken als verwoord in een recent artikel in het Financieele Dagblad, dat het Europese mededingingsrecht eraan in de weg zou staan dat de NZa de handelingsvrijheid van ondernemingen beperkt. Dit standpunt berust op een verkeerde voorstelling van zaken. (...) Artikel 3, tweede lid, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, bepaalt expliciet dat lidstaten uit hoofde van deze verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen.’⁹

Niet duidelijk wordt hoe Van Dalen tegen artikel 3 lid 2 Verordening 2003/1/EG¹⁰ aankijkt, behalve dat Van Dalen lijkt te constateren dat deze bepaling niet aan zijn redenering in de weg staat dat de AMM-bevoegdheden niet van toepassing kunnen zijn op Van Dalen aangezien, volgens hem, de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed waardoor het Europees mededingingsrecht onverkort van toepassing is. Het CBb doet deze beroepsgrond van Van Dalen relatief eenvoudig af met de (ons inziens juiste) constatering dat er geen sprake is van een mogelijke merkbare beïnvloeding van handel (tussen Nederland en België).¹¹ De verhouding tussen artikel 102 VWEU (Europees misbruikverbod) en artikel 48 WMG laat het CBb derhalve helaas buiten beschouwing. Als gevolg hiervan kan in eventuele toekomstige AMM-procedures opnieuw een vergelijkbare argumentatie worden aangevoerd.

4. NZa, *Jaarrapportage signalen. De belangrijkste signalen uit 2009*, februari 2010, p. 13.
5. NZa, *Jaarrapportage signaaltoezicht. Ondernomen acties en cijfers 2010*, februari 2011, p. 17.
6. De NZa acht de daling van het aantal AMM-signalen mogelijk verklaarbaar door een beter begrip van de AMM-bevoegdheden (zie NZa, *Jaarrapportage signalen. De belangrijkste signalen uit 2009*, februari 2010, p. 13).
7. Zie uitgebreid M.Ph.M. Wiggers en J.J.M. Sluijs, ‘Menzis – Apotheek Van Dalen’, *M&M* 2011/4, p. 148-149. Volledigheidshalve merken wij op dat het AMM-begrip zijn oorsprong vindt in het begrip (economische) machtspositie uit het algemene mededingingsrecht (zie bijvoorbeeld NZa-document *Consultatie AMM in de Zorg* 2006, p. 22) als gevolg waarvan er een overlap van de NMa- en NZa-bevoegdheden mogelijk is. Zie hierover uitgebreid E.M.H. Loozen, ‘NMa en NZa: houd je bij je leest!’, *TvT* 2011, p. 25-47.

8. E. Steyger, ‘Zorgautoriteit stelt maar weinig voor’, *FD* 1 december 2005. Zie in dit kader ook: E. Steyger, ‘Marktwerving in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk’, *TvGR* 2006, p. 15: ‘De Zorgautoriteit kan echter ook weer tegen problemen oplopen. Het verschil tussen dit stelsel en de andere gereguleerde markten, zoals de telecommunicatiemarkt en de energiemarkt, is dat deze laatsten gereguleerd zijn door Europees recht. De richtlijnen waarin deze regulering is neergelegd “filteren” in feite de toepassing van het Europees mededingingsrecht inclusief de voor overheden geldende verplichtingen voor zover dat nodig is om deze markten te reguleren. Dit geldt niet voor de zorgmarkt die daarmee onderworpen is aan de volle werking van het Europees mededingingsrecht. Daarmee wordt het onzeker in hoeverre de Zorgautoriteit asymmetrische verplichtingen aan aanmerkelijke marktmachthouders kan opleggen, alsmede in hoeverre prijsregulering nog mogelijk is.’
9. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 8, p. 40.
10. Art. 3 lid 2, laatste volzin, Verordening 2003/1/EG luidt: ‘Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen.’
11. Zie in dit kader bijvoorbeeld ook Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, *Pb. EU* 2004, C 101/81, o.a. rnr. 91.

(Misbruik) AMM

Het CBB volgt de NZa in haar marktafbakening, die – toegegeven – nogal uitgebreid is. Wij vragen ons zelfs af of de NZa hiermee de lat voor toekomstige AMM-besluiten niet wat te hoog heeft gelegd. De NZa heeft het zekere voor het onzekere genomen en de marktafbakening door onderzoeksbureau Ecorys laten onderbouwen. Het CBB wuift alle argumenten van Van Dalen tegen de marktafbakening weg. Van Dalen had geen economisch tegenonderzoek ingebracht en dat versterkte zijn positie waarschijnlijk niet. Praktijkjuristen hebben het in het economische publiekrecht wat dat betreft niet gemakkelijk. Maar mogelijk was Van Dalen na de uitspraak van 19 september 2011 van de CBB-voorzieningenrechter¹² hoopvol, omdat deze meende dat de AMM-positie van Van Dalen gerelativeerd diende te worden.¹³ Zo was de voorzieningenrechter er niet van overtuigd dat Van Dalen zich onafhankelijk tegenover verzekeraars kon gedragen. Dit gold temeer tegenover CZ, die met 66% het grootste deel van de verzekerden in en nabij Breskens had, en een forse financiële claim op Van Dalen meende te hebben. CZ zou namelijk naar aanleiding van het NZa-besluit over de AMM-positie van Van Dalen, alle betalingen voor (niet-preferente) geneesmiddelen van Van Dalen over de periode 2008-2009 van hem terugvorderen. Menzis zou hetzelfde van plan zijn. Verder zou Van Dalen feitelijk het preferentiebeleid van CZ volgen, maar is het contract door CZ opgezegd omdat Van Dalen van groothandel switchte. Verder nam de voorzieningenrechter in aanmerking dat de mogelijkheden voor apothekers om prijzen op een bovencompetitief niveau vast te stellen aanmerkelijk worden beperkt door de tariefregulering van de NZa. Daarbij is het tarief voor de geleverde diensten minutieus via receptregelvergoedingen bepaald, terwijl ook ten aanzien van de inkoopvergoedingen een uitgewerkt stelsel van beperkingen bestaat, onder meer via de zogeheten ‘clamback’-regeling. De voorzieningenrechter is ten slotte sceptisch over de onmacht van verzekeraars om tegenwicht te kunnen bieden aan Van Dalen. Volgens hem zou een verzekeraar met een voldoende marktaandeel, zoals CZ in dat gebied, wel degelijk in staat moeten zijn om invloed uit te oefenen op de komst van een nieuwe toetredster. Kortom, de voorzieningenrechter had oren naar het argument dat verzekeraars over compenserende inkoopmacht beschikken.

Het oordeel van de voorzieningenrechter vonden wij verrassend. Het argument dat CZ de door haar, op grond van *coulance*, verstrekte vergoedingen voor niet-preferente geneesmiddelen wilde terugvorderen van Van Dalen, lijkt ons voor het vaststellen van de AMM-positie van Van Dalen niet relevant. Daarbij vragen wij ons af wat de grondslag voor een dergelijke vordering is. De opvatting van de voorzieningenrechter over de (compenserende) inkoopmacht van zorgverzekeraars, zal door veel zorgaanbieders worden gedeeld. Zij klagen

steen en been over het gedwongen moeten tekenen bij het ‘kruisje’. Maar de NMa ziet in dit ‘onafhankelijk’ optreden van verzekeraars ten opzichte van zorgaanbieders niet per definitie een mededingingsrechtelijk probleem.¹⁴ Consequent stelt de NMa zich tot op heden op het standpunt dat een verzekeraar, indien hij zou beschikken over een economische machtspositie op de zorginkoopmarkt, daar geen misbruik van kan maken, omdat zorgverzekeraars op de verkoopmarkt (d.w.z. de verzekeringsmarkt) in voldoende concurrentie met elkaar verkeren. En zolang hier sprake van is – luidt de redenering – zal een zorgverzekeraar zijn inkoopvoordeel (behaald met inkoopmacht) door moeten geven op de verkoopmarkt aan de klant (de verzekerde), zonder het in eigen zak te kunnen steken (wat in dat geval zou duiden op misbruik). Bovendien – veronderstelt de NMa – zolang zorgaanbieders blijven tekenen bij het kruisje en niet van de markt verdwijnen, zal het door de zorgverzekeraar aangeboden contract kennelijk redelijk en/of nog steeds winstgevend voor zorgaanbieders zijn. De NZa deelt de opvattingen van de NMa en brengt deze ook in verband met de regierol die verzekeraars zouden (moeten) vervullen.

Anders dan de voorzieningenrechter vindt het CBB het niet aannemelijk dat zorgverzekeraars in Breskens en omgeving beschikken over voldoende *countervailing power*, omdat op hen een wettelijke zorgplicht rust en er een gebrek is aan alternatieven voor Van Dalen. De zorgverzekeraars waren dus afhankelijk van Van Dalen om zorg aan hun verzekerden te (kunnen) leveren.

Het CBB is niet meer ingegaan op het door de voorzieningenrechter geadresseerde punt over de destijds geldende tariefregulering voor zorgaanbieders. Dat behoefde hij ook niet omdat het oordeel van de voorzieningenrechter niet ter discussie stond. Bovendien zou het een overweging voor ‘in de boeken’ worden, omdat per 1 januari 2012 de tariefregulering voor de farmacie is opgeheven en er sindsdien vrije prijzen gelden voor het leveren van farmaceutische zorg.¹⁵ Anders dan de voorzieningenrechter van mening lijkt te zijn, menen wij dat ondanks de destijds geldende tariefregulering, verzekeraars als gevolg van de ‘contractweigering’ voor niet-preferente geneesmiddelen, mogelijk duurdere geneesmiddelen met Van Dalen moesten contracteren.

NZa legt AMM-verplichting op aan samenwerkingsverbanden van huisartsen

De NZa heeft op 18 september 2012, drie maanden na de overwinning bij het CBB, in een persbericht laten weten dat zij twee samenwerkingsverbanden van huisartsen (Zorggroep Almere en Huisartsenpraktijk Prinsenbeek) die over een machtspositie beschikken, een verplichting heeft opgelegd om patiënten door te verwijzen naar de apotheek van hun keuze, aangezien de huisartsen expliciet weigerden hun patiënten door te verwijzen

12. LJN BT2699: dit is de voorlopige voorziening tegen de NZa-beschikking van 19 augustus 2011 (last onder dwangsom).

13. LJN BT2699, nr. 6.6.

14. Richtsnoeren voor de Zorgsector (2010), nr. 104. Dit laat onverlet dat indien inkoopmacht van een zorgverzekeraar de toetreding van andere zorgverzekeraars op de inkoopmarkt verhindert, dit mogelijk als misbruik ten aanzien van die verzekeraars wordt beoordeeld (zie nr. 103).

15. <www.nza.nl/zorgonderwerpen/zorgonderwerpen/apotheekzorg/>.

zen naar een bepaalde internetapotheek.¹⁶ De patiënten kunnen – als gevolg van de aanwezige machtspositie – niet naar een andere huisarts, die hen wel zou willen doorverwijzen naar de (internet)apotheek naar keuze. Terwijl de benadeelde internetapotheek, de Thuisapotheek, volgens de Inspectie voor de Gezondheidszorg gewoon verantwoorde zorg levert. De NZa merkt op dat huisartsen patiënten in principe inhoudelijk advies mogen geven over doorverwijzing naar apothekers, maar zij mogen geen aanbieders uitsluiten als zij over een machtspositie beschikken.

‘De NZa verplicht de Huisartsenpraktijk Prinsenbeek en de Zorggroep Almere om patiënten er expliciet op te wijzen dat zij medicijnen bij de apotheek van hun keuze kunnen krijgen. Die mededeling moet zichtbaar in de praktijk hangen, hij moet op de website van de huisartsen staan en op het formulier waarmee herhaalrecepten kunnen worden besteld. De huisartsen moeten het ook expliciet melden in het consult met de patiënt. Als een patiënt zijn medicijnen via een andere apotheek wil krijgen, moet de huisarts daar ook mee samenwerken.’¹⁷

Omdat de NZa het bijbehorende besluit nog niet heeft gepubliceerd, roept het persbericht enige vragen op. Wat is de duur van de verplichting? Betreft het een optreden op grond van artikel 48 of 49 WMG? Op basis van welk artikel verplicht de NZa tot het ophangen van mededelingen in de huisartsenpraktijk en het plaatsen van mededelingen op de website en herhaalrecepten (art. 48 lid 1 onder a WMG?)? Voldoen de verplichtingen aan het proportionaliteitsvereiste? Waarom spreekt de NZa in haar persbericht van een ‘machtspositie’ en niet van ‘aanmerkelijke marktmacht’?

De NZa heeft naar het zich op grond van het persbericht laat aanzien opnieuw opgetreden op grond van haar AMM-bevoegdheden. De NZa heeft anders dan bij Van Dalen haar AMM-bevoegdheden ingezet tegen uitsluiting (in plaats van uitbuiting). In het verleden is aangegeven dat de focus van de NZa bij de inzet van haar AMM-bevoegdheden ook hierop gericht zou zijn.¹⁸ Het lijkt niet direct aannemelijk dat de samenwerkingsverbanden van huisartsen op eenzelfde, actieve wijze als Van Dalen zullen gaan procederen tegen het NZa-besluit, omdat het onderhavige besluit niet ingrijpt in hun contractsvrijheid en er geen, althans een minder, substantieel financieel belang aanwezig lijkt te zijn. Of de overwinning van de NZa op Van Dalen in de bodemprocedure bij het CBb ook een opleving van de AMM-bevoegdheden van de NZa betekent, zal de toekomst moeten uitwijzen. De NZa lijkt met het besluit inzake de samenwerkingsverbanden van huisartsen in ieder

geval een dikke laag stof van deze bevoegdheden af te halen.

16. NZa-persbericht, ‘NZa tikt samenwerkingsverband huisartsen op de vingers’, 18 september 2012.

17. NZa-persbericht, ‘NZa tikt samenwerkingsverband huisartsen op de vingers’, 18 september 2012.

18. W. Sauter, ‘Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg’, *M&M* 2007/1, p. 8: ‘Uitsluiting heeft voorrang boven uitbuiting: de NZa geeft prioriteit aan het tegengaan van uitsluiting omdat hiermee de effectieve mededinging direct wordt bevorderd.’