

LJN: BD6944, Voorzieningenrechter College van Beroep voor het bedrijfsleven , AWB 08/464

Datum uitspraak: 11-07-2008
 Datum publicatie: 11-07-2008
 Rechtsgebied: Bestuursrecht overig
 Soort procedure: Voorlopige voorziening
 Inhoudsindicatie: Wet marktordening gezondheidszorg

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven
 Voorzieningenrechter

AWB 08/464 11 juli 2008
 13950

Uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak van:

De rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering der Pharmacie, te 's-Gravenhage, verzoekster,
 gemachtigde: mr. B-J.W. Walraven, advocaat te Rotterdam,
 tegen

de Nederlandse Zorgautoriteit, verweerster,
 gemachtigden: mr. A.C. de Die en mr. M.F. van der Mersch, advocaten te 's-Gravenhage,

aan welk geding tevens als partij deelneemt Zorgverzekeraars Nederland (ZN).

1. De procedure

Bij brief van 17 juni 2008 heeft verweerster verzoekster afschriften gezonden van de tariefbeschikking van 16 juni 2008 (nr. 5200-1900-08-2) en de bijbehorende tarievenlijst.

Verzoekster heeft daartegen bij brief van 23 juni 2008 bezwaar gemaakt bij verweerster en bij brief van gelijke datum de voorzieningenrechter van het College verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Op 26 juni 2008 heeft verweerster op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd.

Verzoekster heeft op 27 juni 2008 de gronden van het verzoek aangevuld en eveneens op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd.

Op 30 juni 2008 heeft verweerster een reactie op het verzoek en een nadere productie ingediend.

Op 1 juli 2008 heeft de behandeling van het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening plaatsgevonden, waarbij de gemachtigden van verzoekster en verweerster hun standpunten nader hebben toegelicht. Aan de zijde van verzoekster is mede het woord gevoerd door drs. J.L. Tinke, werkzaam bij de aan verzoekster gelieerde Stichting Farmaceutische Kengetallen (hierna: SFK) te 's-Gravenhage. Voor verweerster is tevens verschenen haar medewerker drs. H. van Vliet.

Voor ZN zijn verschenen drs. A. Prenger en mr. drs. N.J.E.G. Cremers.

2. De grondslag van het geschil

2.1 De Wet marktordening gezondheidszorg (verder: Wmg) luidt voor zover hier van belang als volgt:
 " Artikel 7

1. Onze Minister kan de zorgautoriteit een algemene aanwijzing geven met betrekking tot:
 (?)

c. de onderwerpen waaromtrent de zorgautoriteit ingevolge deze wet beleidsregels heeft vastgesteld of kan vaststellen.

2. Onze Minister kan in een aanwijzing als bedoeld in het eerste lid, onder c, bepalen dat de zorgautoriteit ambtshalve een tarief als bedoeld in artikel 57, vierde lid, onder a of b, of een prestatiebeschrijving vaststelt.

Artikel 35

1. Het is een zorgaanbieder verboden een tarief in rekening te brengen:

a. voor een prestatie waarvoor geen prestatiebeschrijving op grond van artikel 56 is vastgesteld;

b. (?)

c. dat niet overeenkomt met het tarief dat voor de betrokken prestatie op grond van artikel 50 of 52 is vastgesteld;
 (?)

Artikel 52

(?)

5. In gevallen waarin een beleidsregel als bedoeld in artikel 57 dat vordert, stelt de zorgautoriteit ambtshalve een tarief vast.

Artikel 57

1. De zorgautoriteit stelt beleidsregels vast met betrekking tot:

a. (?)

b. het uitvoeren van de bevoegdheid om tarieven vast te stellen op grond van de artikelen 50 en 52;

(?)

4. De beleidsregels kunnen inhouden dat met betrekking tot het in rekening te brengen tarief sprake is van

a. (?)

b. een bedrag dat (?) ten hoogste als tarief in rekening wordt gebracht;

c. een tarief waarop de artikelen (?) 50 tot en met 55 niet van toepassing zijn.

5. (?)"

2.2 Preferentiebeleid van zorgverzekeraars.

Sinds de op 19 december 2003 in werking getreden wijziging van het Verstrekkingen-besluit Ziekenfondsverzekering (artikel 9a) kon een ziekenfonds schriftelijk vaststellen dat de bij hem ingeschreven verzekerden slechts aanspraak hadden op aflevering van door hem aangewezen geregistreerde geneesmiddelen. Met ingang van gelijke datum is een nieuw artikel 6a van het Vergoedingenbesluit particulier verzekerden in werking getreden, waarin was bepaald dat de overeenkomst van standaardverzekering kan inhouden dat de verzekerden slechts aanspraak hebben op vergoeding van de door de ziektekosten-verzekeraar aangewezen geregistreerde geneesmiddelen (zie voor de wijzigingen in de genoemde regelgeving Stb. 2003, 523). Zowel met betrekking tot ziekenfondsverzekerden als particulier verzekerden was in genoemde regelgeving bepaald dat een dergelijke beperking niet van toepassing is, voor zover behandeling met een aangewezen geneesmiddel medisch niet verantwoord is.

Gebruikmaking van de hiervoor genoemde bevoegdheid door een zorgverzekeraar wordt aangeduid als preferentiebeleid. In verband met het preferentiebeleid heeft ZN op 28 april 2005 het Beleidsdocument aanwijzing preferente geneesmiddelen vastgesteld (Stcrt. 2005, nr. 84, blz. 28). Het door ZN voor de zorgverzekeraars gezamenlijk gevoerde preferentiebeleid had betrekking op drie generieke geneesmiddelen, namelijk omeprazol (maagmiddel) en simvastatine en pravastatine (beide cholesterolverlagende middelen). Op grond van artikel 11, eerste lid, van de op 1 januari 2006 in werking getreden Zorgverzekeringswet heeft de zorgverzekeraar jegens zijn verzekerden een zorgplicht die kan bestaan uit zorg in natura of vergoeding van de kosten van de zorg en overige diensten. In artikel 11, derde lid, van deze wet is onder meer bepaald dat de inhoud en omvang van de in het eerste lid bedoelde prestaties bij algemene maatregel van bestuur nader geregeld worden.

Deze algemene maatregel van bestuur is het Besluit zorgverzekeringswet, waarvan artikel 2.8

- voor zover hier van belang - als volgt luidt:

" 1. Farmaceutische zorg omvat de terhandstelling van:

a. de bij ministeriële regeling aangewezen geregistreerde geneesmiddelen voor zover deze zijn aangewezen door de zorgverzekeraar;

(?)

3. 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.

4. Farmaceutische zorg omvat ook een ander bij ministeriële regeling aangewezen geneesmiddel dan het door de zorgverzekeraar aangewezen geneesmiddel, voor zover behandeling met het door de zorgverzekeraar aangewezen geneesmiddel voor de verzekerde medisch niet verantwoord is.

5. Bij de ministeriële regeling, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, worden de aangewezen geneesmiddelen zoveel mogelijk ingedeeld in groepen van onderling vervangbare geneesmiddelen."

Op grond van het hiervoor geciteerde artikel heeft ZN het Beleidsdocument preferentiebeleid 2006 vastgesteld, dat met ingang van 1 januari 2006 in werking is getreden (Stcrt. 2005, nr. 209, blz. 25). Het gezamenlijk preferentiebeleid van de zorgverzekeraars in 2006 heeft betrekking op de zelfde 3 geneesmiddelen als het eerdere preferentiebeleid.

Eind 2007 hebben zorgverzekeraars een aanvullend preferentiebeleid ontwikkeld. Over dit (voorgenomen) beleid zijn diverse civiele kort geding-procedures gevoerd. Zo heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bij arrest van 8 april 2008 (LJN: BC8903) beslist op het hoger beroep van 16 zorgverzekeraars tegen het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda van 4 januari 2008 (LJN: BC1188). Hierbij heeft het hof, voor zover hier van belang, de vorderingen van de Bond van de generieke geneesmiddelenindustrie in Nederland (hierna: Bogin) en individuele leveranciers van generieke geneesmiddelen tegen die ziektekostenverzekeraars (alsnog) geheel afgewezen. Daartoe heeft het hof onder meer overwogen dat ZN gelet op artikel 2:46 van het

Burgerlijk Wetboek - bij gebreke van een uitdrukkelijk bepaling in haar statuten - de bij haar aangesloten zorgverzekeraars individueel niet kan binden en voorts dat preferentiebeleid dat door zorgverzekeraars in onderlinge afstemming zou worden gevoerd (zoals aanvankelijk door zorgverzekeraars aangekondigd) in strijd is met - artikel 8 van - het op 17 september 2007 door Bogin, de Nederlandse Vereniging voor Research-georiënteerde Farmaceutische Industrie (verder: Nefarma), verzoekster en ZN en de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: minister) overeengekomen Transitieakkoord farmaceutische Zorg (hierna: Transitieakkoord, verder te bespreken in ? 2.3 van deze uitspraak). Tevens heeft het hof overwogen dat individueel preferentiebeleid van zorgverzekeraars op grond van artikel 8, tweede lid, van het Transitieakkoord is toegestaan en dat, anders dan Bogin c.s. hadden gesteld, het enkele feit dat twee of meer zorgverzekeraars hetzelfde beleid voeren niet voldoende is voor het oordeel dat sprake is van onderlinge afstemming of overleg, aangezien immers niet is uitgesloten dat zorgverzekeraars individueel ten aanzien van het zelfde middel preferentiebeleid voeren. Mede naar aanleiding van deze rechtspraak heeft Bogin in mei 2008 haar medewerking aan het Transitieakkoord opgezegd.

Sinds 1 juli 2008 maken zorgverzekeraars op individuele basis gebruik van het preferentiebeleid. Vooruitlopend hierop hebben leveranciers van generieke geneesmiddelen met ingang van 1 juni 2008 prijsverlagingen doorgevoerd, die naar schatting voor de belangrijkste generieke middelen een prijsdaling van 85% met zich brengt.

Bij vonnis van 27 juni 2008 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht een vordering van de vereniging Bond van Groothandelaren in het Pharmaceutisch Bedrijf (BG Pharma) en 12 anderen tegen 11 zorgverzekeraars wegens door hen individueel gevoerd preferentiebeleid, afgewezen (LJN: BD5600, inhoud vonnis ten tijde van deze uitspraak nog niet gepubliceerd).

2.3 Bij de beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening gaat de voorzieningenrechter voorts uit van de volgende, als achtergrond van de bestreden tariefbeschikking relevante, feiten en omstandigheden. Hierbij wordt ook het voormalig College tarieven gezondheidszorg aangeduid als verweerster.

Van 1988 tot de datum van inwerkingtreding van de bestreden tariefbeschikking heeft voor apothekers (niet zijnde apotheekhoudende huisartsen) een uniforme tariefstructuur gegolden, waarin onderscheid werd gemaakt tussen dienstverlening en de vergoeding voor de inkoopkosten van het afgeleverde geneesmiddel. De vergoeding voor dienstverlening was gesteld op een bedrag per voorschrift, de receptregelvergoeding genoemd.

Met betrekking tot de vergoeding voor de inkoopkosten gold vanaf 1 oktober 1991 dat de apotheekhoudende, ongeacht de daadwerkelijke inkoopprijs, de prijs overeenkomstig de officiële prijslijst (de G-standaard van Z-Index B.V.) in rekening mocht brengen en dat op de receptregelvergoeding een forfaitaire procentuele korting werd toegepast (de clawback).

In 2002 heeft onderzoek plaatsgevonden naar de in 2001 door apothekers ontvangen kortingen en bonussen, hetgeen heeft geleid tot een nieuwe tariefbeschikking van 14 april 2003, inhoudende maximumtarieven per 1 mei 2004. Bij uitspraak van

18 december 2003 (AWB 03/928, LJN: AO0546) heeft het College besluiten van 2 juli 2003, waarbij verweerster heeft beslist op bezwaarschriften tegen die tariefbeschikking, vernietigd en de tariefbeschikking van 14 april 2003 geschorst.

Mede naar aanleiding van voormelde uitspraak hebben de minister, de Bogin, ZN en verzoekster op 13 februari 2004 een geneesmiddelenconvenant gesloten. Aan dit convenant ligt onder meer een financiële taakstelling (incl. btw) op de uitgaven van geneesmiddelen ten grondslag van ? 622 miljoen voor 2004 en - uitgaande van een volumestijging van

10% - ? 685 miljoen voor 2005. Doel van het convenant is de door apotheekhoudenden ontvangen kortingen en bonussen voor generieke geneesmiddelen te vervangen door structurele prijsverlagingen. Voorts is in het convenant bepaald dat de minister, ZN en verzoekster binnen de looptijd daarvan zorg dragen voor de invoering van een modulair tariefsysteem en dat in dat kader onderzoek zal plaatsvinden naar de door apotheekhoudenden op macroniveau gerealiseerde inkoopvoordelen. Aan de hand van de uitkomsten van dit onderzoek zou binnen de looptijd van het convenant een kostendekkend tarief worden vastgesteld. Op 20 oktober 2004 is het convenant verlengd voor het jaar 2005, waarbij tevens Nefarma als partij is toetreden.

Bij brief aan verweerster van 29 augustus 2005 heeft de minister (o.m.) gesteld dat hij, nadat was gebleken dat als gevolg van het convenant vertraging was ontstaan in het te verrichten onderzoek en de totstandkoming van het nieuwe modulaire tariefsysteem, overleg heeft gehad met verzoekster en ZN. De minister verzoekt verweerster in deze brief het onderzoek naar de praktijkkosten en inkoopvoordelen op zo kort mogelijke termijn (weer) te starten. Verzoekster heeft bij brief aan de minister van 2 september 2005 gereageerd op voormelde brief, waarna de minister haar heeft geantwoord bij brief van

20 september 2005. Deze brief luidt voor zover hier van belang als volgt:

" Met de geneesmiddelenconvenanten 2004 en 2005 wordt beoogd kortingen en bonussen voor geneesmiddelen om te zetten in structurele prijsverlagingen.

Daarnaast hebben KNMP, ZN en VWS daarin afgesproken om te komen tot een kostendekkend, modulair tarief met een, tussen apotheekhoudende en zorgverzekeraar, af te spreken vergoeding die tegenover de inkoopinspanningen van de apotheekhoudende staat. De vergoeding bevat een financiële prikkel voor doelmatig inkopen door de apotheekhoudende.

Achterliggende gedachte daarbij is dat door het kostendekkend maken van het tarief, inkomsten uit kortingen en

bonussen als zodanig niet meer nodig zijn voor het (deels) dekken van de praktijkkosten (?) Afgesproken is dat CTG/Zaio de praktijkkosten en de inkoopvoordelen onderzoekt. (?) Hoe de definitieve omslag van centrale afroaming van de inkoopvoordelen naar decentrale afroaming in 2008 plaats zal vinden is mede afhankelijk van de ontwikkelingen de komende tijd en van de uiteindelijke tariefsystematiek. (?) Als in de tussentijd blijkt dat kortingen [en] bonussen reeds op andere wijze dan via de centrale procedure worden ingeleverd, dan moet daarmee naar redelijkheid rekening worden gehouden. Het is niet mijn bedoeling om dezelfde inkoopvoordelen meerdere malen op verschillende wijze af te romen. (?) Uw vrees voor de continuïteit van de apothekersonderneming deel ik niet omdat, in afwachting van de uitkomsten van het CTG/Zaio onderzoek, voorlopig een fors bedrag aan inkoopvoordelen (? 250 mln) ongemoeid blijft, de resterende inkoopvoordelen stapsgewijs worden afgebouwd en omdat er een kostendekkende praktijkkostenvergoeding komt. (?) Prijsverlagingen uit hoofde van het geneesmiddelenconvenant zijn inderdaad van invloed op de hoogte van de resterende inkoopvoordelen. Dat is ook het uitgangspunt van het convenant."

Verzoekster heeft hierop bij brief aan de minister van 18 oktober 2005 meegedeeld dat zij zich kan vinden in diens benadering om tot 2008 uit te blijven gaan van centrale, landelijke afspraken, maar constateert tevens dat (een deel van) de achterban van ZN zich niet committeert aan de landelijke afspraken, door naast de afspraken in het convenant een beleid te ontwikkelen en uit te voeren dat daarmee interfereert.

Op 13 december 2005 is tussen de deelnemende partijen een nieuw geneesmiddelen-convenant gesloten voor de jaren 2006/2007. Hierin is overwogen dat in 2005 aan kortingen en bonussen een bedrag van ? 685 miljoen (incl. clawback en btw) aan de markt wordt onttrokken en dat voor de overheid een financiële taakstelling (incl. btw) geldt van

? 785 miljoen voor 2006 en van ? 815 miljoen (incl. btw) voor 2007. Verder blijkt uit de overwegingen in dit convenant dat in 2006 een extra bedrag aan kortingen en bonussen van ? 78 miljoen zal worden afgeroomd en dat dit bedrag voor 2007 voornamelijk met ? 78 miljoen zal worden verhoogd.

Op 16 maart 2007 heeft ConQuaestor B.V. gevestigd te Utrecht, een tweetal rapporten uitgebracht aan de minister. Een daarvan heeft betrekking op onderzoeksresultaten naar de inkoopvoordelen van apothekhoudenden in 2004, zoals die naar voren zijn gekomen uit een in de periode mei 2006-februari 2007 uitgevoerd onderzoek. Het andere rapport betreft de resultaten van een in de periode augustus 2006-februari 2007 verricht onderzoek naar de praktijkkosten van apothekhoudenden in 2004.

In een op 19 maart 2007 door verweerster, verzoekster, de LHV, ZN en het ministerie van VWS gezamenlijk uitgebracht persbericht is onder meer opgemerkt dat de praktijkkosten van apothekhoudende huisartsen in het onderzoek niet konden worden vastgesteld en is geconcludeerd dat met de onderzoeksresultaten "een belangrijke drempel is genomen op de weg naar een nieuw kostendekkend systeem voor apothekers en het verder afromen van inkoopvoordelen."

Bij brief van 20 april 2007 heeft verweerster naar aanleiding van de onderzoeksresultaten en met het oog op overleg over het geneesmiddelenconvenant aan de minister een (technisch) advies uitgebracht. Verweerster adviseert de minister onder meer het onderzoek van ConQuaestor als uitgangspunt te gebruiken en bij de inkoopvoordelen uit te gaan van de volgende procentuele toerekening per inkoopkanaal: 6,7% specialit?, 12% parallel en 55% generiek. In een aan haar advies gehechte notitie "Extrapolatie praktijkkosten" heeft verweerster als uitgangspunt geformuleerd dat zo dicht mogelijk bij de feiten (= onderzoeksresultaten) wordt gebleven en op grond daarvan geconcludeerd dat voorlopig in de praktijkkosten geen voorzieningen (in de vorm van normeringen) worden getroffen voor posten als rente op geïnvesteed eigen vermogen, emballage en spillage, en de afbouw van de korting op de pensioenpremie voor apothekersassistenten.

Bij brief van 3 mei 2007 heeft de minister beide rapporten van ConQuaestor aan de Tweede Kamer gezonden (Kamerstukken II, 29 359, nr. 100) en de belangrijkste resultaten van de onderzoeken uiteengezet. Deze resultaten zijn (-) apothekers en apothekhoudende huisartsen ontvingen in 2004 [gemiddeld] onderscheidenlijk 16,5% en 17,8% van de inkoopwaarde van geneesmiddelen als inkoopvoordelen, (-) de inkoopvoordelen bedroegen in 2004 totaal ? 582 miljoen, waarvan een gedeelte van circa ? 170 miljoen werd ingeleverd via de clawback, en (-) de gemiddelde praktijkkosten voor openbare apotheken (excl. de personele kosten voor de eerste apotheker) bedroegen, voorzover deze direct herleidbaar waren uit de financiële administratie, in 2004 ongeveer ? 500.000 per apotheek, waarvan een deel groot ? 71.000 werd gedekt door andere activiteiten dan de aflevering van receptgeneesmiddelen. In de onderhavige brief constateert de minister dat de belangrijkste conclusie van de onderzoeken zijn dat 1e) het tarief voor apothekers de praktijkkosten niet volledig dekt en 2e) dat de inkomsten via de inkoopvoordelen hoger liggen dan nodig om het verschil tussen tarief en praktijkkosten te dekken. Bij brieven van 13 juni 2007 aan de Tweede en Eerste Kamer heeft de minister overeenkomstig artikel 8 Wmg mededeling gedaan van zijn voornemen verweerster een aanwijzing te geven als bedoeld in artikel 7, eerste lid, Wmg.

Met het oog op het Technisch Overleg Farmacie (hierna: TOF) van 18 juni 2007 heeft verweerster een notitie 'TOF 07-03 Extrapolatie praktijkkosten farmacie 2004-2008' opgesteld, waarin zij toelicht hoe zij de onderzoeksresultaten van ConQuaestor over de praktijkkosten in 2004 heeft geïxtrapoleerd naar 2008. Deze extrapolatie dient volgens verweerster als basis voor de tariefberekening van het nieuwe, modulaire tariefsysteem. Ook aan deze notitie ligt het uitgangspunt ten grondslag dat voor de extrapolatie zo dicht mogelijk bij de

onderzoeksresultaten wordt gebleven, wat volgens verweerster betekent dat wat niet gemeten is in principe niet wordt meegenomen. Naar aanleiding van de behandeling van voormelde notitie hebben ZN en verzoekster zich bij brieven van 26 en 27 juni 2007 tot verweerster gericht en daarbij hun standpunten toegelicht.

Bij brief van 17 september 2007 (Kamerstukken II, 29477 en 29359, nr. 32) heeft de minister de Tweede Kamer onder meer op de hoogte gesteld van de resultaten van zijn overleg met Bogin, Nefarma, verzoekster en ZN, waaronder het op die datum overeengekomen Transitieakkoord farmaceutische Zorg (verder: Transitieakkoord). Het Transitieakkoord houdt onder meer het volgende in:

" (?)

Financiële consequenties

k. Partijen hebben overeenstemming bereikt over het verder omzetten van kortingen en bonussen voor geneesmiddelen in structurele prijsverlagingen. Op basis van de gemaakte afspraken blijft een deel van de inkoopvoordelen noodzakelijk voor de dekking van de praktijkkosten van apothekhoudenden.

l. In dit licht accepteren alle betrokken partijen een aanvullende financiële taakstelling op de uitgaven van de geneesmiddelenvoorziening vanaf 2008 van per saldo ? 340 mln (incl. BTW) en vanaf 2009 van per saldo ? 456 mln (incl. BTW) met in achtneming van artikel 12, tweede lid. Deze taakstelling komt bovenop de taakstelling in 2007 van het lopende geneesmiddelenconvenant (? 971 mln, incl. BTW). De totaal te realiseren opbrengst onder dit Transitieakkoord bedraagt daarmee, volgens de geldende berekenings-systematiek, ? 1311 mln (incl. BTW) vanaf 2008 en ? 1427 mln (incl. BTW) vanaf 2009 met inachtneming van artikel 12, tweede lid. (?)

En spreken het volgende af:

(?)

Artikel 1 Stappenplan

Partijen zullen uiterlijk begin december 2007 een stappenplan vaststellen dat weergeeft op welke wijze de transitie naar nieuwe marktverhoudingen op basis van een consistente langetermijnvisie farmacie op een verantwoorde wijze zal kunnen plaatsvinden (?)

Artikel 4 Geen prijsverhogingen Bogin en Nefarma

(?)

Artikel 5 Aanvullende prijsverlagingen: Bogin en Nefarma

5.1 Bogin en Nefarma zijn bereid een verdere verlaging van gepubliceerde apothekinkooprijzen voor producten van hun leden te bevorderen.

5.2 Bogin zal bevorderen dat de leveranciers van generieke WMG- geneesmiddelen die zijn aangesloten bij de Bogin:

a. de apothekinkooprijzen van generieke WMG-geneesmiddelen zoals zij die opgeven aan Z-index b.v. voor opname in de G-standaard zodanig verlagen dat op het door hen geleverde geneesmiddelenpakket gemiddeld een effectieve daling van de omzetwaarde wordt gerealiseerd, ten opzichte van de omzetwaarde in het jaar 2007, ter grootte van een evenredig aandeel in de financiële taakstellingen als bedoeld in overweging l. Als eerste stap zal begin 2008 een prijsverlaging worden doorgevoerd van gemiddeld 10%, ten opzichte van het structurele prijsniveau eind 2007, rekening houdend met het volume 2007;

b. nieuwe generieke geneesmiddelen gemiddeld tenminste 50% lager prijzen dan de structurele apothekinkooprijzen van het corresponderende merk-geneesmiddel voor het verstrijken van het octrooi op dat geneesmiddel.

5.3 Nefarma zal bevorderen dat de leveranciers van WMG-geneesmiddelen die zijn aangesloten bij Nefarma:

a. de apothekinkooprijzen van WMG-geneesmiddelen zoals zij die opgeven (?) zodanig verlagen dat op het door hen geleverde geneesmiddelenpakket gemiddeld een effectieve daling van de omzetwaarde wordt gerealiseerd, ten opzichte van de omzetwaarde van de door hen in de handel gebrachte WMG-geneesmiddelen waarvoor op stof- en toedieningsniveau vergelijkbare (?) generieke geneesmiddelen beschikbaar waren in het jaar 2007, ter grootte van een evenredig aandeel in de financiële taakstellingen als bedoeld in overweging l. Als eerste stap zal begin 2008 een prijsverlaging worden doorgevoerd van gemiddeld 10%, ten opzichte van het structurele prijsniveau eind 2007, rekening houdend met het volume 2007;

b. (?)

Artikel 6 Substitutie: ZN en KNMP

6.1 ZN zal bevorderen dat de zorgverzekeraars die zijn aangesloten bij ZN in hun medewerkersovereenkomsten met voorschrijvers respectievelijk apothekhoudenden afspraken opnemen - met erkenning van de beroepsmatige verantwoordelijkheden - over het voorschrijven op stofnaam, het tenminste handhaven van het huidige substitutieniveau en het realiseren van dit substitutieniveau voor nieuwe generieke geneesmiddelen.

6.2 KNMP zal bevorderen dat apothekhoudenden die zijn aangesloten bij KNMP in hun medewerkersovereenkomsten met zorgverzekeraars afspraken opnemen over het tenminste handhaven van het huidige substitutieniveau en het realiseren van dit substitutieniveau voor nieuwe generieke geneesmiddelen.

(?)

Artikel 8 Preferentiebeleid: ZN

8.1 ZN zal bevorderen dat zorgverzekeraars die zijn aangesloten bij ZN het bestaande, gezamenlijke preferentiebeleid ongewijzigd handhaven, met dien verstande dat het aantal zorgverzekeraars kan worden uitgebreid.

8.2 Zorgverzekeraars individueel behouden uiteraard de mogelijkheid op basis van artikel 2.8, lid 1, onder a, lid 3 en lid 4 van het Besluit zorgverzekering, om keuzes te maken bij het aanwijzen van op stof- en toedieningsniveau als vergelijkbaar aangemerkte merk- en generieke geneesmiddelen.

Artikel 9 Tariefverzoek NZa (?): ZN en KNMP

9.1 ZN en KNMP zullen gezamenlijk een tariefverzoek indienen bij de NZa om de (gemiddelde) receptregelvergoeding niet te verhogen per 1 januari 2008 (zie overweging k).

9.2 (?)

Artikel 12 Slotbepalingen

12.1 Bestaande, in 2008 en 2009 doorlopende overeenkomsten tussen zorgverzekeraars en apothekhoudenden wijzigen niet als gevolg van dit Transitieakkoord.

12.2 Indien naleving van de overeengekomen afspraken te wensen overlaat, dan wel de beoogde doelstellingen dreigen niet, of niet in voldoende mate dan wel in meer dan toereikende mate te worden bereikt, zullen partijen daarover overleg plegen en zo nodig de afspraken aanpassen, preciseren of verduidelijken.

12.3 Dit Transitieakkoord wordt aangegaan tot en met 31 december 2009.

12.4 Dit Transitieakkoord treedt onmiddellijk in werking na ondertekening. (?)"

Bij brief van 17 september 2007 (Kamerstukken II, 29 447 en 29 359, nr. 32) heeft de minister de Tweede Kamer op de hoogte gesteld van o.m. (de hoofdlijnen van) het Transitieakkoord. Tevens heeft de minister in deze brief meegedeeld dat de financiële taakstelling voor 2006 (? 843) met ? 886 ruimschoots is gehaald.

Bij besluit van 22 oktober 2007 (Stcrt. 2007, nr. 214, blz. 20) heeft de minister verweerderster een aanwijzing gegeven. Deze luidt voorzover hier van belang als volgt:

" Artikel 1

Deze aanwijzing is van toepassing op de zorg of dienst als omschreven bij of krachtens de Zorgverzekeringswet en die wordt geleverd door zorgaanbieders die geneesmiddelen afleveren (?) en op de ziektekostenverzekeraars. Ter uitvoering van dit besluit stelt de Nederlandse Zorgautoriteit beleidsregels vast.

Artikel 2

1. De Nederlandse Zorgautoriteit stelt beleidsregels vast voor een nieuw tariefsysteem ter uitvoering van de in artikel 1 bedoelde zorg op basis van prestatiebekostiging. De huidige systematiek met een receptregelvergoeding voor openbare apotheken en het abonnement voor apothekhoudende huisartsen (?) wordt be?indigd bij invoering van de nieuwe systematiek.

2. Het nieuwe tariefsysteem beschrijft een basisprestatie en aanvullende prestaties binnen de reguliere farmaceutische zorg, waarvoor maximumtarieven gelden als bedoeld in artikel 57, vierde lid, onder b, van de Wet marktordening gezondheidszorg.

(?)

Artikel 4

De invoering van het nieuwe tariefsysteem zal wat betreft de basis- en aanvullende prestaties voor apothekers een structuurwijziging zonder budgettaire gevolgen zijn, vergeleken met de huidige receptregelssystematiek. Daarmee zal de landelijk gemiddelde vergoeding per receptregel onder de nieuwe tariefsystematiek voor apothekers ? 6,10 ex btw bedragen. (?)

Artikel 5

Het nieuwe tariefsysteem op basis van prestatiebekostiging voor farmaceutische zorg zoals bedoeld in artikel 2 treedt in werking op 1 juli 2008.

De NZa stelt hiertoe zo spoedig mogelijk de beleidsregels vast. (?)"

In de toelichting bij de aanwijzing is voor zover hier van belang het volgende gesteld:

" De nieuwe tariefsystematiek dient ter vervanging van de huidige systematiek met een receptregelvergoeding voor openbare apotheken (?)

Reeds enige tijd geleden heeft mijn ambtsvoorganger de voorganger van de Nederlandse Zorgautoriteit (?) verzocht de ontwikkeling van een dergelijke

'modulaire tariefsystematiek' (?) ter hand te nemen en het daarvoor noodzakelijke onderzoek naar de hoogte van de praktijkkosten en de inkoopvoordelen uit te voeren. (?) Inmiddels zijn de uitkomsten van de daarna onder leiding van NZa uitgevoerde onderzoeken naar de hoogte van de praktijkkosten en de inkoopvoordelen (?) bekend. (?)

Hoewel kostendekkendheid van de nieuwe tariefsystematiek het uiteindelijke streven is, is in het Transitieakkoord 2008/2009 afgesproken dat de nieuwe tariefsystematiek vooralsnog niet kostendekkend wordt gemaakt. De overgang naar het nieuwe systeem van basis- en aanvullende prestaties is daarom voor apothekers een

structuurwijziging zonder budgettaire gevolgen. (?)"

Op 8 november 2007 heeft overleg plaatsgevonden tussen de minister en de vaste commissie voor VWS (zie verslag Kamerstukken II, 29 447 en 29 359, nr. 38).

Vervolgens heeft het Tweede Kamerlid Van der Veen op 15 november 2007 een motie ingediend met het verzoek een nieuw onderzoek te (laten) doen naar de inkoopvoordelen van apothekhoudenden, zulks op basis van nader boekenonderzoek over 2006.

De behandeling van die motie is aangehouden. Daarna heeft zowel schriftelijk als mondeling een nadere gedachteswisseling tussen de minister en de leden van de vaste kamercommissie plaatsgevonden, onder meer in verband met de in het Transitieakkoord overeengekomen langetermijnvisie extramurale geneesmiddelenvoorziening en een daarop gebaseerd stappenplan. De minister heeft in dat kader meegedeeld dat - recente - ontwikkelingen mogelijk op korte termijn zouden kunnen leiden tot een nadere concretisering van de langetermijnvisie en een versnelde uitvoering van elementen van het stappenplan en dat op grond daarvan bij partijen bij het Transitieakkoord behoefte bestond aan een nadere verkenning, die v?r 1 april 2008 moest zijn afgerond (Kamerstukken II, 29 477, nr. 53). Aangezien op een dergelijk korte termijn het door Van der Veen gevraagde onderzoek door verweerster niet mogelijk was, hebben partijen bij dat akkoord gekozen voor onderzoek naar de inkoopvoordelen door KPMG. De uitkomsten van dit onderzoek, waarin is gewerkt met gegevens over 2007, komen volgens de minister vrijwel overeen die van het onderzoek over 2004. Voorts heeft de minister meegedeeld dat het KPMG-onderzoek (waarvan het rapport niet openbaar is) niet dient ter vervanging van het in de motie Van der Veen gevraagde en door hem toegezegde onderzoek, dat door, onderscheidenlijk onder verantwoordelijkheid van, verweerster zal worden uitgevoerd.

Op 2 en 9 april 2008 heeft mondeling overleg plaatsgevonden tussen de minister en de vaste kamercommissie. Een in dat verband ingediende (gewijzigde) motie van Van der Veen c.s. (Kamerstukken II, 29 477, nr. 52), waarin is gevraagd om nader onderzoek over prijsontwikkeling en omvang van kortingen en bonussen, waarbij (ook) gegevens van groothandel, generieke- en specialit?-industrie en apothekers over de jaren 2006, 2007 en 2008 moeten worden betrokken, is op 15 april 2008 aanvaard.

Bij brief van 9 mei 2008 heeft de minister verweerster onder meer verzocht een nieuw onderzoek te doen naar inkoopvoordelen, onderverdeeld naar inkoopkanaal, die door apothekhoudenden in 2007 zijn en - voor zover daarvan bruikbare gegevens beschikbaar zijn - in 2008 worden genoten. Voorts houdt het verzoek in om, indien nodig, gegevens uit 2006 en eventueel eerdere jaren bij het onderzoek te betrekken. In zijn brief wijst de minister er op dat het onderzoek in verband met de behandeling van de begroting van VWS voor 1 november 2008 moet zijn afgerond. Bij brief van eveneens 9 mei 2008 heeft de minister de Tweede Kamer een afschrift van zijn verzoek aan verweerster doen toekomen.

Ter uitvoering van de aanwijzing van de minister d.d. 22 oktober 2007 heeft verweerster aanvankelijk op 19 november 2007 de Beleidsregel 'Prestatiebepaling farmaceutische zorg' en een nadere regel vastgesteld. Op 2 juni 2008 heeft verweerster een gewijzigde beleidsregel vastgesteld, die op 1 juli 2008 in werking is getreden. Namens verzoekster heeft haar gemachtigde zich bij brief van 29 mei 2008 tot verweerster gewend. In deze brief wordt gesteld dat zich als gevolg van het op ruime schaal gevoerde preferentiebeleid van zorgverzekeraars een aardverschuiving voordoet op de geneesmiddelenmarkt, waardoor de situatie ten opzichte van die waarin het Transitieakkoord is gesloten, drastisch is gewijzigd. Naar de opvatting van verzoekster dient dit ertoe te leiden dat bij de nog vast te stellen (gewijzigde) beleidsregel en de daarop te baseren tariefbeschikking de overgang wordt gemaakt naar een kostendekkend tarief. Uitgaande van de onderzoeksgegevens van ConQuaestor over 2004 zou dit volgens verzoekster ten minste moeten leiden tot een (gemiddelde) receptregelvergoeding van ? 7,67 (excl. btw), maar, rekening houdend met in dat onderzoek niet (volledig) betrokken kostenposten, eigenlijk tot een verhoging van de receptregelvergoeding naar ? 8,25 (excl. btw). In deze brief is gesteld dat het daarin vervatte verzoek zo nodig dient te worden aangemerkt als een eenzijdige aanvraag in de zin van artikel 50, tweede lid, Wmg.

Vervolgens heeft verweerster het thans door verzoekster in bezwaar bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit en het standpunt van verweerster

3.1 Bij de tariefbeschikking van 16 juni 2008, die met de daarbij behorende tarievenlijst met prestatiebeschrijvingen bij brief van 17 juni 2008 aan verzoekster en ZN is toegezonden, heeft verweerster besloten dat met ingang van 1 juli 2008 door apothekhoudenden aan alle ziektekostenverzekeraars en alle (niet-) verzekerden maximaal de bedragen, vermeld achter de desbetreffende prestaties, zoals omschreven in die tarievenlijst, in rekening kunnen worden gebracht. Het nieuwe tariefstelsel geldt voor zowel openbare apotheken als apothekhoudende huisartsen en vervangt de receptregelvergoeding door een modulair systeem, waarin twee basisprestaties (standaarduitgifte en weekuitgifte) en vier aanvullende prestaties (eerste uitgifte, ANZ-recept - dat wil zeggen verstrekkingen gedurende de avond, nacht en zondag - en bijzondere en reguliere magistrale bereiding) zijn onderscheiden. De gemiddelde vergoeding per receptregel in de nieuwe systematiek bedraagt ? 6,10 (excl. btw). Verder kent het nieuwe systeem (vrije) tarieven voor onderlinge dienstverlening en innovatieve prestaties. In de bij de tariefbeschikking behorende bijlage is voor zover hier van belang bepaald:

" 2. De vergoeding van de door de zorgaanbieder afgeleverde geneesmiddelen exclusief BTW

De bepaling van de vergoeding voor de door te berekenen kosten van de afgeleverde geneesmiddelen heeft als uitgangspunt dat de inkoopkosten minus de clawback-korting mogen worden doorberekend. Daarbij geldt de

volgende uitwerking:

2.1 De clawback-korting bedraagt 6,82%. Deze korting is gemaximeerd op een bedrag van ? 6,80 per voorschrift."

3.2 In de reactie op het verzoek en ter zitting van de voorzieningenrechter is namens verweerster - samengevat - het volgende opgemerkt.

Het op grotere schaal gevoerde preferentiebeleid van de zorgverzekeraars is niet het beleid van verweerster.

Overigens zorgt dat beleid volgens verweerster, geheel in overeenstemming met de bedoeling van het nieuwe zorgstelsel, voor prijsconcurrentie, die in de plaats komt van de margeconcurrentie van geneesmiddelenleveranciers. In die margeconcurrentie stemt de apotheker zijn inkoop af op de meest gunstige marges uit het aanbod van de groothandel, maar ziet de consument (verzekerde) van die voordelen nauwelijks iets terug.

Verweerster wijst op het op 29 mei 2008 eenzijdig door verzoekster gedane verzoek, dat strekt tot verhoging van het tarief. Aangezien tariefverhoging ook de inzet van de onderhavige procedure is, vindt verweerster het procedureel onjuist als thans op haar beslissing op dat verzoek vooruit zou worden gelopen. Verweerster concludeert aldus primair tot niet-ontvankelijkverklaring van appellante in haar verzoek.

Subsidiair wijst verweerster er op dat de bestreden tariefbeschikking neerkomt op een gemiddeld maximumtarief van ? 6,10 per receptregel, hetgeen zelfs een verhoging inhoudt van de tot 1 juli 2008 geldende vergoeding van ? 6 per receptregel, terwijl er geen aanwijzingen zijn dat de praktijkkosten van apothekers zijn gestegen.

De aanleiding voor het verzoek om een voorlopige voorziening is dan ook de prijsontwikkeling in de markt die het gevolg is van het toegenomen preferentiebeleid van zorgverzekeraars, waardoor de inkoopvoordelen voor apothekers lager zijn.

Deze ontwikkeling kon worden voorzien, aangezien al sinds het eerste geneesmiddelen-convenant over 2004 wordt gewerkt aan het stapsgewijs doen verdwijnen van kortingen en bonussen en de zorgverzekeraars sinds 2005 preferentiebeleid voeren.

Verweerster erkent dat het tarief overeenkomstig de bestreden tariefbeschikking niet geheel kostendekkend is, maar stelt zich op het standpunt dat er geen aanleiding is voor opwaardere tariefaanpassingen zolang de inkoopvoordelen voldoende zijn om redelijk te achten praktijkkosten te dekken, hetgeen naar haar mening ook thans nog het geval is. tariefaanpassing. Verzoekster heeft het tegendeel niet aannemelijk heeft gemaakt. Derhalve moet het er naar de mening van verweerster voor worden gehouden dat apothekers zorg kunnen leveren overeenkomstig de wettelijke eisen. Ter onderbouwing van het volgens verweerster thans nog aan inkoopvoordelen bestaande bedrag, heeft zij er op gewezen dat partijen bij het Transitieakkoord zijn uitgegaan van een totaal aan inkoopvoordelen van ? 857 miljoen, waarvan na toepassing van de clawback ? 640 miljoen zou resteren. Van dat bedrag is ? 222 miljoen bestemd ter dekking van praktijkkosten die niet in de tarieven zijn verdisconteerd, zodat ? 418 miljoen resteert. Inmiddels heeft het College voor zorgverzekeringen (CvZ) aan de hand van de - naar 2008 ge?xtrapoleerde - onderzoeksgegevens over 2004, uitgaand van de volledige marktomvang en rekening houdend met effecten van het preferentiebeleid, een berekening opgesteld van de, na aftrek van de clawback en de gevolgen van het Transitieakkoord, resterende inkoopvoordelen. Zoals uit de door verweerster op 30 juni 2008 overgelegde productie blijkt, resteert in de CvZ-berekening een bedrag van ? 299 miljoen. Als daar de naar 2008 ge?xtrapoleerde praktijkkosten ten bedrage van ? 260 miljoen van afgetrokken worden, blijft nog altijd een positief saldo over van ? 39 miljoen, derhalve voldoende om het niet door de tarieven gedekte deel van de praktijkkosten te voldoen. Indien de apotheekhoudende huisartsen buiten beschouwing worden gelaten, gaat het om een bedrag van ? 36 miljoen dat - gedeeld door 1.800 apothekers - leidt tot een gemiddeld bedrag van ? 21.500,- per apotheker.

Uit de extrapolatie van de onderzoeksgegevens over 2004 naar het jaar 2008 blijkt dat de kortingen en bonussen, anders dan de bedoeling was, niet zijn gedaald maar zelfs zijn gestegen. De prognose voor 2008 was ? 740 miljoen, maar deze is als gevolg van het preferentiebeleid nu bijgesteld naar ? 547 miljoen; dit zou dan voor het eerst een afname van het totaal aan inkoopvoordelen betekenen.

Verweerster wijst er voorts op bij het Transitieakkoord is overeengekomen dat ZN en verzoekster gezamenlijk een tariefverzoek zouden doen, waarbij de receptregelvergoeding niet zou worden verhoogd en dat de achtergrond hiervan was dat een deel van de inkoopvoordelen noodzakelijk zou blijven voor de praktijkkosten. De aanwijzing van de minister van 22 oktober 2007 bouwt hierop voort en verweerster heeft vervolgens haar beleidsregel daaraan aangepast. Vanzelfsprekend ontslaat een aanwijzing verweerster niet van haar eigen verantwoordelijkheid voor de totstandkoming van zorgvuldige tariefbesluiten, maar in dit geval geldt als bijzondere omstandigheid dat de aanwijzing uitvoering gaf aan hetgeen partijen bij het Transitieakkoord hebben afgesproken. Er was voor verweerster dan ook geen enkele aanleiding om van de aanwijzing af te wijken. In het licht van het vorenstaande valt volgens verweerster niet in te zien waarom het tarief niettemin omhoog zou moeten en helemaal niet waarom het door verzoekster gestelde belang spoedeisend is. De stelling van verzoekster dat uit de onderzoeksrapportage van ConQuaestor kan worden afgeleid dat de gemiddelde receptregelvergoeding, wil deze kostendekkend zijn, ? 7,69 dient te bedragen, is volgens verweerster slechts de helft van waarheid. De andere helft is dat de bij verzoekster aangesloten apothekers tijdens de discussie over de nieuwe tariefsystematiek weigerden afstand te doen van de inkoopvoordelen. Het onderhavige verzoek om een voorlopige voorziening

komt er op neer dat verzoekster zowel een kostendekkend tarief als behoud van inkoopvoordelen wenst. Van meet af aan is echter duidelijk geweest dat er pas ruimte is voor een kostendekkend tarief als er geen inkoopvoordelen meer zijn en bovendien sprake is van een deugdelijk onderbouwd tarief. Verweerster wijst in dit verband op het inmiddels aanhangige nieuwe onderzoek naar de inkoopvoordelen van apotheehoudenden, dat naar verwachting begin november 2008 zal zijn afgerond.

Met betrekking tot de door verzoekster gestelde bedreiging van de continuïteit van de farmaceutische zorg, wijst verweerster ten eerste op de wettelijke gehoudenheid van zorgverzekeraars hun verzekerden te voorzien van de noodzakelijke zorg. Ten tweede stelt verweerster dat apothekers zich zo nodig met een beroep op artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht tot haar kunnen wenden met een aanvraag voor een afwijkend, hoger tarief. Tenslotte stelt verweerster in dit verband dat zij in haar rol van marktmeester de actuele ontwikkelingen scherp in de gaten houdt en dat zij verzoekster hierop bij brief van 25 juni 2008, waarin tevens melding is gemaakt van het thans lopende onderzoek naar inkoopvoordelen en praktijkkosten, al heeft gewezen.

Op grond van al het vorenstaande concludeert verweerster subsidiair tot afwijzing van het verzoek.

4. Het standpunt van verzoekster

Kern van het betoog van verzoekster is dat de bestreden tariefbeschikking, die neerkomt op een gemiddelde vergoeding per receptregel van ? 6,10, niet voorziet in kostendekkende tarieven voor apothekers en om die reden in strijd is met het stelsel van de Wmg.

Dat het tarief niet kostendekkend is blijkt uit het praktijkkostenrapport van ConQuaestor en wordt blijkens het naar aanleiding van beide rapporten op 19 maart 2007 uitgebrachte persbericht ook door verweerster onderschreven.

Verzoeksters spoedeisend belang bij de gevraagde voorlopige voorziening is gelegen in de omstandigheid dat apothekers als gevolg van de tariefbeschikking met ingang van 1 juli 2008 geen kostendekkende vergoeding zullen ontvangen voor hun praktijkkosten, terwijl hun inkomsten uit inkoopvoordelen op generieke geneesmiddelen als gevolg van het preferentiebeleid grotendeels verdwijnen. Dit bedreigt het voortbestaan van vele apothekers.

Uit sedert het verschijnen van de onderzoeken van ConQuaestor tussen partijen gevoerd overleg volgt dat er geen duidelijke overeenstemming bestaat over wat een kostendekkend tarief zou zijn. Verzoekster stelt zich op het standpunt dat in deze onderzoeken - en de daarop door verweerster gebaseerde extrapolatie naar 2008 - ten onrechte geen rekening is gehouden met kosten die niet (volledig) herleidbaar zijn uit de financiële administratie van apothekers, maar waarvan wel erkend wordt dat ze er zijn. Dit betreft onder meer kosten voor emballage, spillage en rendement op geïnvesteerd eigen vermogen. Reeds in haar brief aan verweerster van 27 juni 2007 heeft verzoekster hierop gewezen. Indien met alle aannemelijke praktijkkosten rekening wordt gehouden, dient dit volgens verzoekster te leiden tot een gemiddelde vergoeding per receptregel van ? 8,25. In ieder geval heeft verweerster met betrekking tot de wel uit de rapportage van ConQuaestor blijken praktijkkosten (gemiddeld ? 500.196 per jaar) geconcludeerd dat een vergoeding van ? 7,69 kostendekkend is, zodat daarover overeenstemming bestaat. In dit verband is nog van belang dat de minister er bij de voorhangprocedure, die aan de aanwijzing vooraf is gegaan, vanuit is gegaan dat een kostendekkende modulaire tariefssystematiek tot stand moest worden gebracht. Nadien lag aan het sluiten aan het Transitieakkoord en de aanwijzing van de minister weliswaar nog steeds de gedachte ten grondslag dat kortingen en bonussen voor geneesmiddelen verder moesten worden omgezet in structurele prijsverlagingen, maar tevens dat (vooralsnog) een deel van de inkoopvoordelen noodzakelijk bleef voor de dekking van de praktijkkosten van de apotheehoudende. Om die reden is in het Transitieakkoord bepaald dat verzoekster en ZN gezamenlijk bij verweerster een tariefverzoek zullen indienen om de gemiddelde receptregelvergoeding per 1 januari 2008 niet te verhogen. In het Transitieakkoord is uitgegaan van het beschikbaar blijven van inkoopvoordelen voor de praktijkkosten in relatie tot de overeengekomen extra besparingsdoelstelling van ? 340 miljoen, waardoor invoering van de nieuwe, modulaire tariefssystematiek budgetneutraal zou kunnen verlopen.

De gevolgen van de recente marktontwikkelingen missen echter hun uitwerking niet.

Uit een door verzoekster overgelegde notitie van SFK van 28 mei 2008 volgt dat als gevolg van het preferentiebeleid in 2008 in plaats van ? 340 miljoen een besparing van ? 583 miljoen kan worden bereikt. Structureel is het besparingseffect zelfs ? 400 miljoen hoger dan de overeengekomen besparingsdoelstelling. Tevens blijkt uit deze notitie dat als van de resterende inkoopvoordelen van ? 335 miljoen op jaarbasis de (structureel te verwachten) clawback van ? 200 miljoen wordt afgetrokken, er te weinig geld overblijft om het tekort op de receptregelvergoeding te compenseren. Hierbij is nog geen rekening gehouden met de tijdelijke verhoging van de clawback met ? 50 miljoen in verband met het Transitieakkoord. Volgens berichten in de media kunnen de prijsdalingen als gevolg van het huidige preferentiebeleid oplopen tot 94%. Verzekeringsmaatschappijen hebben zich in dit verband op het standpunt gesteld dat zij niet uit zijn op faillissementen van apothekers, maar dat het vaststellen van reële vergoedingen voor geneesmiddelen een taak is voor de overheid. Het heeft dan ook weinig zin om je als apotheker die in financiële problemen komt tot de zorgverzekeraars te wenden, terwijl dit volgens verweerster - blijkens haar brief aan verzoekster van 25 juni 2008 - wel zou moeten gebeuren. Bovendien brengen leveranciers als gevolg van de prijsdalingen van (generieke)

geneesmiddelen inmiddels aan apothekers een logistieke fee in rekening.

Volgens de door verzoekster overgelegde berekening van SFK komt de gemiddelde apotheker - uitgaande van de normapothek - op jaarbasis ? 126.250 tekort op de exploitatie, waarbij nog geen rekening is gehouden met verdere prijsdalingen die in het najaar van 2008 worden verwacht. Bij deze berekening is uitgegaan van de aan het Transitieakkoord ten grondslag liggende aanname van een totaal bedrag aan nog in de markt aanwezige inkoopvoordelen (niveau 2008) van ? 857 miljoen. Als de apotheekhoudende huisartsen buiten beschouwing worden gelaten, leidt dit tot een gemiddeld bedrag per apotheker van ? 390.000. Na aftrek van de daling van de inkoopvoordelen in verband met de in het Transitieakkoord overeengekomen prijsdalingen voor generieke middelen en de voorts in verband met prijsverlagingen als gevolg van het preferentiebeleid, resteert een bedrag van ? 151.000. Daarop komt nog de - wegens de prijsdalingen voor generieke middelen gewijzigde - clawback van ? 91.000 in mindering, zodat aan netto inkoopvoordeel een bedrag van ? 60.000 overblijft. Tegenover dat inkoopvoordeel staan niet door de tarieven gedekte praktijkkosten van totaal ? 161.250, bestaande uit (-) het verschil tussen de uit de ConQuaestor-rapportage voortvloeiende kostendekkende receptregelvergoeding van gemiddeld ? 7,69 en die van de bestreden tariefbeschikking van ? 6,10 (totaal ? 119.250 gemiddeld per apotheker) en (-) ? 42.000 in verband met door verweerster wel erkende, doch niet in de tariefbeschikking verdisconteerde kosten voor emballage, spillage en rendement op ge?nvesteerd eigen vermogen. Dit leidt tot een gemiddeld tekort per apotheker per jaar van (60.000-161.250=) ? 101.250. Indien bovendien rekening wordt gehouden met in het onderzoek van ConQuaestor niet meegenomen, pas na 2004 ontstane, (extra) praktijkkosten, komt daar per apotheker per jaar nog ? 25.000 gemiddeld bij. Verzoekster concludeert dat apothekers met het huidige tarief niet in staat zijn hun praktijkkosten met het resterende inkoopvoordeel te dekken.

Het verzoek houdt in dat de voorzieningenrechter de voorlopige voorziening treft de bestreden tariefbeschikking te schorsen en bepaalt dat de tot 1 juli 2008 geldende tariefbeschikking wordt gewijzigd in die zin dat het in de daarbij behorende tarievenlijst onder 1. bepaalde als volgt luidt: primair "Voor de vergoeding van het inkomen en de praktijkkosten, exclusief BTW, ? 8,25 per voorschrift" en subsidiair "Voor de vergoeding van het inkomen en de praktijkkosten, exclusief BTW, ? 7,69 per voorschrift".

(Meer) subsidiair vraagt verzoekster verweerster op te dragen binnen een week na uitspraak op het verzoek een tariefbeschikking te nemen en bekend te maken, die neerkomt op een gemiddelde vergoeding per receptregel van ? 8,25 dan wel (subsidiair) ? 7,69.

Uiterst subsidiair luidt het verzoek de in de tarievenlijst bij de bestreden tariefbeschikking vervatte clawback-korting te schorsen. Tenslotte vraagt verzoekster verweerster te veroordelen in de door verzoekster in verband met het verzoek gemaakte proceskosten.

5. Het standpunt van ZN

ZN heeft in aanvulling op het standpunt van verweerster nog het volgende gesteld.

Dit voorjaar is op een zogenoemde heidag geprobeerd om op andere wijze dan door middel van uitbreiding van het preferentiebeleid met verzoekster tot overeenstemming te komen en in dat verband is het onderzoek van KPMG verricht. De resultaten van dit onderzoek zijn niet openbaar gemaakt, ze zijn wel aan partijen bekend. Het onderzoek is niet gevalideerd. ZN wijst er op dat aan de invoering van het modulair tariefsysteem een uitdrukkelijke wens van verzoekster ten grondslag ligt. ZN benadrukt dat weliswaar juist is, dat in de daarin meegenomen praktijkkosten bepaalde kosten, zoals emballage, spillage en de afbouw van de korting van de pensioenpremie voor assistenten niet zijn meegenomen, maar dat daartegenover staat dat andere, in de administratie verstoppt zittende en door verzoekster niet genoemde, kosten weer wel zijn meegenomen. Verzekeraars betalen een substantieel bedrag voor de aflevering van de generieke geneesmiddelen, dat uitgaande van het thans vastgestelde tarief ? 1 miljard bedraagt. Wanneer de receptregelvergoeding naar ? 8,25 zou worden verhoogd zal dat ongeveer ? 1,3 miljard worden. Ten slotte heeft ZN naar voren gebracht dat zorgverzekeraars er alles aan willen doen om hun zorgplicht jegens de verzekerden na te komen.

6. De beoordeling van het verzoek

6.1 Ingevolge het bepaalde bij artikel 8:81 van de Awb juncto artikel 19, eerste lid van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie kan, indien tegen een besluit bezwaar is gemaakt, de voorzieningenrechter van het College een voorlopige voorziening treffen, indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

6.2 Ten aanzien van de door verweerster primair bepleite niet-ontvankelijkheid van verzoekster in het onderhavige verzoek, stelt de voorzieningenrechter voorop dat daarvoor in de namens verzoekster op 29 mei 2008 gerichte brief geen aanleiding kan worden gevonden. Die brief is immers van eerdere datum dan de bestreden tariefbeschikking en behelst allereerst het verzoek aan verweerster om bij de op dat moment nog vast te stellen beleidsregel en daarop te baseren nieuwe tariefbeschikking rekening te houden met de sedert het sluiten van het Transitieakkoord en de aanwijzing van de minister gewijzigde situatie, in het bijzonder de daaruit voortvloeiende daling van de inkoopvoordelen van apothekers. In die brief wordt voorts - slechts - gesteld dat verweerster het verzoek "voorzover nodig dient te beschouwen als een eenzijdige aanvraag om vaststelling van een tarief". Aangezien verweerster vervolgens, zonder een reactie te geven op de brief van 29 mei 2008, op 2 juni 2008 de nieuwe beleidsregel heeft vastgesteld en op grond daarvan op 16 juni 2008 heeft besloten tot de bestreden tariefbeschikking en de daarbij horende tarievenlijst, kan zij verzoekster niet tegenwerpen dat deze met haar verzoek om een voorlopige voorziening ten onrechte zou preluderen op de nog door verweerster te nemen beslissing op de brief van 29 mei 2008. Voor niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek acht de

voorzieningenrechter dan ook geen grond aanwezig.

6.3 Met betrekking tot de vraag of sprake is van een spoedeisend belang overweegt de voorzieningenrechter dat de bij het bestreden besluit per 1 juli 2008 ingevoerde wijziging van de tarieven, bezien tegen de achtergrond van de gevolgen van het huidige preferentiebeleid, voor de bij verzoekster aangesloten apothekers een financieel belang vertegenwoordigt. Een zodanig belang vormt volgens vaste jurisprudentie op zich geen reden om een voorlopige voorziening te treffen. Het staat verzoekster immers vrij voor de bij haar aangesloten apothekers financiële compensatie van verweerster te vorderen indien het besluit in bezwaar niet zou worden gehandhaafd dan wel indien dit besluit in bezwaar zou worden gehandhaafd en uiteindelijk na beoordeling door het College onrechtmatig zou blijken te zijn.

Het treffen van een voorlopige voorziening zal echter wel aan de orde kunnen komen indien het financiële belang, gelet op bijvoorbeeld de activiteiten en/of de vermogenspositie van door verzoekster vertegenwoordigde apothekers zodanig zwaarwegend is, dat hun continuïteit wordt bedreigd.

Verzoekster heeft in dit verband ter zitting aangevoerd dat indien wordt uitgegaan van de in haar optiek noodzakelijke, kostendekkende vergoeding per receptregel van ? 8,25, de gemiddelde apotheker als gevolg van de bestreden tariefbeschikking op jaarbasis een verlies lijdt van ? 126.250, hetgeen neerkomt op een bedrag van ruim ? 10.000 per maand en een verlies per werkdag van ? 500. Verweerster heeft zich daarentegen op grond van recente gegevens van het CvZ op het standpunt gesteld dat ook indien rekening wordt gehouden met de gevolgen van het inmiddels gevoerde preferentiebeleid, het verschil tussen de resterende inkoopvoordelen en niet door het tarief gedekte praktijkkosten nog altijd positief is.

De voorzieningenrechter overweegt dat het verschil in de door partijen gehanteerde berekeningen met name wordt veroorzaakt door het daarin al dan niet verdisconteren van het verschil tussen een gemiddelde receptregelvergoeding van ? 7,69 en de op grond van de bestreden tariefbeschikking geldende vergoeding van ? 6,10. Voorts constateert de voorzieningenrechter dat verweerster niet betwist dat uit de naar 2008 geïxtrapolerde onderzoeksgegevens inzake de praktijkkosten in 2004 voortvloeit dat een gemiddelde receptregelvergoeding van ? 6,10 niet voldoende is om de uit dat onderzoek blijkende kosten te dekken. Derhalve is ook in de optiek van verweerster noodzakelijk dat apothekers gemiddeld een inkoopvoordeel genieten, waarmee het tekort in het tarief kan worden gecompenseerd. Vaststaat dat met het met ingang van 1 juli 2008 op grote schaal door zorgverzekeraars ingevoerde preferentiebeleid en daaraan voorafgaande prijsverlagingen van generieke geneesmiddelen sprake is van een forse afname van het inkoopvoordeel van apothekers, zeker indien rekening wordt gehouden met het feit dat, zoals verweerster naar aanleiding van de rapporten van ConQuaestor in haar brief aan de minister van 20 april 2007 stelt, de inkoopvoordelen bij die geneesmiddelen 55% van de inkoopwaarde bedroeg. Eveneens staat vast dat op dit moment geen eenduidig beeld bestaat over de nog aanwezige inkoopvoordelen. Mede om die reden heeft de minister verweerster bij brief van 9 mei 2008 gevraagd daarnaar een nieuw onderzoek te verrichten, welk onderzoek naar ter zitting is meegedeeld onlangs is gestart. Blijkens die brief zou het onderzoek zich primair dienen te richten op het jaar 2007 en - voor zover daarvoor bruikbare gegevens beschikbaar zijn - 2008, maar zo nodig kunnen worden uitgebreid naar 2006 en eerder. Met verzoekster betwijfelt de voorzieningenrechter of een aldus verricht onderzoek, gelet op de recente ingrijpende wijzigingen in de markt, op afzienbare termijn bruikbare gegevens kan opleveren voor nadere besluitvorming over de tarieven voor apotheekhoudenden. Dit leidt er naar aanvankelijk oordeel toe dat verweerster op dit moment niet met zekerheid kan stellen dat thans nog aanwezige inkoopvoordelen voldoende zijn om het erkende tekort in de tarieven volledig te dekken. Derhalve kan, zelfs afgezien van het meningsverschil van partijen over de redelijkerwijs in aanmerking komende praktijkkosten, niet worden uitgesloten dat er apothekers zijn die gelet op hun kosten enerzijds en de hoogte van de huidige gemiddelde receptregelvergoeding en inkoopvoordelen anderzijds, op korte termijn in financiële problemen komen.

Hier komt bij dat, zoals het College heeft overwogen in de uitspraak in de zaken AWB 03/928, 03/800 en 03/697 van 18 december 2003 (LJN: AO0546), gelet op de hoofddoelstelling van de in die zaken aan de orde zijnde Wet tarieven gezondheidszorg, een stelsel van maximumtarieven inzake de verstrekking van geneesmiddelen dat een reëel risico in zich draagt dat toepassing van de tariefvoorschriften leidt tot een (per saldo) verliesgevend situatie bij apotheekhoudenden, op gespannen voet staat met doel en strekking van die wet, ongeacht of en zo ja, in welke vorm compensatie wordt geboden. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter geldt dit eveneens voor maximumtarieven ingevolge de Wmg, zoals vervat in de bestreden tariefbeschikking.

6.4 Gelet op het vorenstaande moet ernstig worden betwijfeld of het door verweerster ingenomen standpunt juist is en, indien de bestreden tariefbeschikking in bezwaar wordt gehandhaafd, dit besluit in de bodemprocedure in stand zal blijven.

6.5 Anders dan verzoekster wil, kan dit naar aanvankelijk oordeel echter niet leiden tot een voorlopige voorziening die inhoudt dat de tariefbeschikking zoals die tot 1 juli 2008 heeft gegolden, dan wel de bestreden tariefbeschikking wordt gewijzigd in die zin dat de (gemiddelde) receptregelvergoeding ? 8,25 dan wel ? 7,69 bedraagt. Gelet op de met betrekking tot een reële hoogte van aanvaardbare praktijkkosten tussen verzoekster, verweerster en ZN bestaande meningsverschillen, zou een dergelijke voorziening in strijd komen met het karakter van de onderhavige spoedprocedure.

6.6 Wel ziet de voorzieningenrechter in hetgeen hiervoor is overwogen aanleiding een voorziening te treffen in de zin van hetgeen verzoekster uiterst subsidiair heeft verzocht.

Aan toepassing van de clawback-korting ligt de aanname ten grondslag dat apotheekhoudenden bij de inkoop van

geneesmiddelen gemiddeld een zodanig voordeel hebben dat een korting van 6,82% over de inkoopkosten gerechtvaardigd is.

Dit kortingspercentage wordt door verweerster al geruime tijd in de tariefstelling gehanteerd. Gelet op de recente marktontwikkelingen en het zeer onlangs door verweerster gestarte onderzoek naar de huidige inkoopvoordelen, moet naar aanvankelijk oordeel worden betwijfeld of die aanname nog steeds juist is.

In ieder geval bestaat op dit moment, met name door de ontwikkelingen met betrekking tot de generieke geneesmiddelen, waarvoor het inkoopvoordeel procentueel altijd het hoogst is geweest, geen duidelijkheid over de realiteitswaarde van deze clawback-korting.

Aangezien, zoals hiervoor al overwogen, evenmin actuele gegevens bekend zijn over de thans nog aanwezige inkoopvoordelen, zodat een ander kortingspercentage niet kan worden vastgesteld, ligt het naar het oordeel van de voorzieningenrechter in de rede die korting thans te schorsen.

Volledigheidshalve wijst de voorzieningenrechter er op dat indien uit het thans lopende onderzoek zou blijken dat nog altijd aanleiding bestaat voor toepassing van enige clawbackkorting, verweerster dat in de vorm van nacalculatie kan verrekenen.

6.7 Uit het voorgaande vloeit voort dat aanleiding bestaat om de na te melden voorlopige voorziening te treffen.

6.8 De voorzieningenrechter acht voorts termen aanwezig verweerster te veroordelen in de proceskosten van verzoekster. Op de voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden de kosten van beroepsmatig verleende rechtsbijstand vastgesteld op ? 644,--, op basis van 2 punten tegen een waarde van ? 322,-- per punt.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- schorst de in onderdeel 2 van de bij de bestreden tariefbeschikking horende tarievenlijst van 16 juni 2008 vervatte passages met betrekking tot de clawback-korting;
- bepaalt dat deze voorziening voortduurt totdat op het bezwaarschrift van verzoekster is beslist;
- veroordeelt verweerder tot vergoeding van de proceskosten van verzoekster tot een bedrag van ? 644,-- (zegge: zeshonderdvierenveertig euro);
- gelast dat verweerder het door verzoekster betaalde griffierecht ten bedrage van ? 288,-- (zegge: tweehonderdachtentachtig euro) vergoedt.

Aldus gewezen door mr. M.A. van der Ham, in tegenwoordigheid van mr. A. Bruining als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 11 juli 2008.

w.g. M.A. van der Ham

w.g. A. Bruining
